125.

А. А. Кроликъ.

Идеи законодательнаго творчества и закономѣрнаго развитія права въ новѣйшей юриспруденціи.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. Меркушева. Невскій, 8.
1913.

Госуд. Книжный фонд

XIIPa
2236
VI B4

А. А. Кроликъ.

Идеи законодательнаго творчества и закономѣрнаго развитія права въ новѣйшей юриспруденціи.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. Меркушева. Невскій, 8.
1913.

К

418472

С.С.С.Р.
ИНСТИТУТ
К. Маркса и Ф. Энгельса
Ц. И. К.

3067
30

ГЛАВА I.

Постановка вопроса въ старыхъ и новыхъ ученіяхъ о естественномъ правѣ.

Теченіе въ пользу возрожденія естественнаго права представляетъ весьма интересное и весьма важное по своимъ послѣдствіямъ явленіе въ современной намъ юриспруденціи. Возникшее въ самомъ концѣ истекшаго столѣтія, главнымъ образомъ подъ вліяніемъ работъ проф. Петражицкаго и его горячей и убѣдительной проповѣди идеи новой науки—это теченіе сравнительно очень быстро завоевало себѣ почти всеобщее признаніе и заняло весьма устойчивое и прочное положеніе въ современной наукѣ.

По основной своей идеѣ, являющейся, такъ сказать, душой всего теченія, объединяющей различныхъ представителей его, несмотря на подчасъ весьма существенныя различія во взглядахъ — это теченіе не представляетъ собой чего-либо принципіально новаго. Оно есть проявленіе одной изъ устойчивыхъ чертъ человѣческаго духа, глубоко въ немъ заложенной и играющей въ исторіи человѣчества уже отъ самыхъ древнихъ временъ очень значительную роль. Мы имѣемъ въ виду постоянное стремленіе человѣческаго духа къ идеалу, его постоянную неудовлетворенность настоящимъ и

исканіе высшихъ цѣлей и наиболѣе совершенныхъ путей. Въ области права эта особенность человѣческаго духа проявлялась постоянно и оказала огромное вліяніе на правовое развитіе человѣчества. Именно въ ея неустанномъ проявленіи непреходящая сущность идей естественнаго права. Преемственная связь новѣйшаго теченія въ юриспруденціи съ прежними, родство его по духу съ одной изъ старѣйшихъ категорій философіи права, подчеркивается его названіемъ, характеризующимъ это новѣйшее теченіе, какъ возрожденіе естественнаго права.

Многообразіе ученій о естественномъ правѣ и ихъ сложный составъ даютъ почву и для иного ихъ пониманія. Формулировку этого иного пониманія, довольно распространеннаго, находимъ мы, напр., у Коркунова. По его мнѣнію, «гипотеза естественнаго права» есть результатъ потребности какъ-нибудь объяснить присущій праву элементъ объективной необходимости [1]). Естественное право вызвано по этому мнѣнію нѣкоторой теоретической потребностью, а не практической, какъ мы полагаемъ. Въ новѣйшее время, однако, господствующимъ является именно указанное нами пониманіе. Оно подчеркивается создателемъ новаго естественнаго права—науки политики права—проф. Петражицкимъ въ разныхъ его трудахъ, гдѣ указывается на практическую функцію содѣйствія прогрессу права и законодательства, благодаря которой въ естественномъ правѣ можно усматривать суррогатъ политики права. Соотвѣтствующее опредѣленіе даетъ и П. И. Новгородцевъ: «Естественное право издавна противопостав-

[1]) Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, Спб. 1910 г., стр. 85.

лялось праву положительному, какъ идеалъ для этого послѣдняго, создаваемый въ виду недостатковъ и несовершенства положительныхъ установленій» [1]). Такъ именно понимаетъ естественное право и Штаммлеръ. Общимъ всѣмъ разнообразнымъ ученіямъ естественнаго права, по его мнѣнію, является только то, «что всѣ они ищутъ создать, посредствомъ выведенія изъ разума (durch das Mittel der Vernunfterkenntniss), общезначимый и необходимый принципъ для всякого права» [2]).

Ученіе о естественномъ правѣ мы встрѣчаемъ въ очень отдаленныя времена, на первыхъ ступеняхъ пробужденія критическаго и научнаго мышленія. То громадное значеніе, какое эти ученія имѣли у грековъ и римлянъ, общеизвѣстно. Въ средніе вѣка у лучшихъ и талантливѣйшихъ представителей научнаго мышленія мы встрѣчаемъ оживленное трактованіе этого вопроса. Блаженный Августинъ, Ѳома Аквинскій и др. являются видными представителями естественнаго права, которое они считаютъ установленнымъ самимъ Богомъ. Но особенное значеніе пріобрѣтаетъ эта идея въ XVIII вѣкѣ. Ученія о правѣ въ этомъ періодѣ настолько проникнуты и воодушевлены идеей естественнаго права, что юриспруденція этого періода называется школой естественнаго права по преимуществу. Въ этомъ небываломъ подъемѣ идеалистическихъ стремленій видѣли характернѣйшую историческую особенность этой эпохи и отличіе ея отъ остальныхъ.

Характерной особенностью естественно-правовыхъ

---

[1]) П. И. Новгородцевъ, Конспектъ къ лекціямъ по истор. филос., права, стр. 117.

[2]) R. Stammler, Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, стр. 28.

теченій въ юриспруденціи является то, что ихъ господство въ наукѣ и практикѣ не имѣетъ постояннаго характера. Многіе періоды развитія юриспруденціи характеризуются рѣзко отрицательнымъ отношеніемъ къ идеѣ естественнаго права. Она старательно изгоняется изъ всѣхъ тѣхъ областей, гдѣ раньше господствовала и перестаетъ фактически оказывать какое бы то ни было вліяніе на развитіе права. Но послѣ такихъ періодовъ, которые можно было бы назвать періодами культурныхъ кризисовъ, идея естественнаго права возрождается вновь. Въ общемъ смѣна вымиранія и возрожденія естественнаго права происходитъ съ извѣстной правильностью. Послѣ каждаго подъема идеалистическихъ стремленій, съ воодушевленной вѣрой въ свѣтлый идеалъ и возможность его осуществленія, неизмѣнно наступаетъ реакція, разочарованіе, преклоненіе передъ дѣйствительностью, какова бы она ни была, недовѣріе къ строительству лучшаго будущаго.

Причина неизбѣжности такого явленія въ слѣдующемъ. Идея естественнаго права возникаетъ на почвѣ неизбѣжныхъ недостатковъ позитивнаго права. Жизнь идетъ впередъ и перерастаетъ застывшія правовыя формы. На почвѣ новыхъ потребностей и новыхъ условій жизни выростаетъ соотвѣтственное интуитивное право, свободно приспособляющееся ко всѣмъ измѣненіямъ жизни. Это интуитивное право составляетъ главное основаніе естественно-правовыхъ ученій. Проявляясь въ видѣ ученія объ идеальномъ совершенномъ порядкѣ, стоящемъ надъ позитивнымъ, оно имѣетъ лишь очень ограниченное практическое значеніе. Здѣсь лишь весьма отвлеченно намѣчаются пути прогресса и совершенствованія права въ формѣ разсужденій о правѣ и по-

рядкѣ, установленномъ самой природой. Являясь проявленіемъ дѣйствія общихъ законовъ развитія права, естественно-правовыя ученія представляютъ собой безсознательныя стремленія къ лучшему и покоятся на ошибочныхъ теоретическихъ предпосылкахъ. Здѣсь во всемъ видно отраженіе основныхъ особенностей интуитивнаго права. Особенности интуитивнаго права связаны, какъ извѣстно [1]), съ отсутствіемъ въ его интеллектуальномъ составѣ нормативныхъ фактовъ, т. е. такихъ представленій, которыя (какъ напр. законъ, обычай и т. д.) обусловливаютъ обязательность соотвѣтствующихъ нормъ. Первымъ безсознательнымъ проявленіемъ этой особенности является возвышеніе и безграничное распространеніе нормъ интуитивнаго права. «Интуитивно-правовыя нормы представляются высшими законами, существующими вездѣ, всегда, по отношенію ко всѣмъ» [2]). Отсюда идея права, установленнаго самимъ Богомъ, вѣчнаго и неизмѣннаго, годнаго для всѣхъ временъ и народовъ. Отсюда также полное разобщеніе съ дѣйствительно существующими временными и измѣнчивыми установленіями, преувеличенно отрицательное отношеніе къ этимъ послѣднимъ. Второе опять-таки безсознательное проявленіе указанной особенности интуитивнаго права заключается въ приписываніи соотвѣтствующимъ нормамъ особеннаго значенія, какъ истиннымъ самимъ по себѣ. «Интуитивныя нормы... представляются, въ отличіе отъ позитивныхъ, имѣющихъ условное значеніе нормъ, какъ нѣчто истинное, правильное само по себѣ. Отсюда въ области наивно-

---

[1]) Проф. Л. І. Петражицкій, Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности. §§ 2, 35, 36. Спб. 1907 г.

[2]) Проф. Л. І. Петражицкій, Теорія права, т. II, стр. 481.

проэкціонной психики высшій ореолъ, высшій рангъ интуитивно-правовыхъ нормъ, значеніе ихъ какъ высшаго масштаба и критерія для оцѣнки позитивныхъ нормъ, для порицанія ихъ въ случаѣ несоотвѣтствія ихъ содержанія, содержанію интуитивныхъ нормъ, и т. д.» [1]). На этой почвѣ развивается стремленіе придавать естественному праву характеръ практической обязательности, признавать его по своей обязательности равнымъ положительному дѣйствующему праву, или даже въ нѣкоторыхъ случаяхъ стоящимъ выше его [2]). Это вело къ смѣшенію такихъ разнородныхъ вещей, какъ дѣйствующее право и проекты совершеннаго, раціональнаго, еще только долженствующаго осуществиться права. Такое смѣшеніе приводило сплошь и рядомъ къ тому, что въ концѣ концовъ вовсе исключалась или сама собой отпадала особая проблема о претвореніи идеальнаго права въ дѣйствительность и «идеальное» право свободно допускалось къ практическому примѣненію. Печальныя послѣдствія, которыя это вело за собой, и были какъ разъ причиною рѣшительной реакціи противъ естественнаго права и изгнанія его изъ науки и практики [3]). Не всегда, впрочемъ, указанное смѣшеніе приводило къ исключенію проблемы о претвореніи идеальнаго права въ дѣйствительность, о творчествѣ новаго права, новыхъ формъ соціальнаго быта. Такое послѣдствіе было налицо тогда, когда дѣло шло о сравнительно незначительныхъ измѣне-

---

[1]) Ibidem.

[2]) Съ этой точки зрѣнія особенно рѣзко подвергаетъ естественное право критикѣ Bergbohm въ своей книгѣ, Iurisprudenz und Rechtsphilosophie.

[3]) См. подробнѣе объ этомъ у проф. І. А. Покровскаго, Естественно-правовыя теченія въ истор. гражд. права.

ніяхъ, и не имѣло мѣста тогда, когда на очереди стояли серьезныя реформы. Появленіе необходимости такихъ серьезныхъ реформъ характеризуетъ XVIII вѣкъ и потому именно къ этому вѣку относится появленіе вопроса о законодательномъ творчествѣ, какъ средствѣ ввести въ жизнь совершенное право. Но и это направленіе не спасло естественное право отъ паденія, не предовратило реакціи противъ него. Посколько указанный вопросъ ставился, онъ разрѣшался очень просто въ связи съ воззрѣніями, господствовавшими у ученыхъ въ эту эпоху. Среди этихъ воззрѣній на первомъ мѣстѣ стоитъ вѣра въ безграничную творческую способность человѣческаго разума.

«Направленіе мысли въ XVIII вѣкѣ покоилось на вѣрѣ въ силу разума, въ его всемогущество, въ его способность все объяснить въ области теоретическаго мышленія и все создать въ области практической дѣятельности; это была вѣра въ творческія силы человѣка, вѣра въ самое творчество, руководимое сознаніемъ» [1]). Съ этимъ связано дальнѣйшее воззрѣніе, проявляющееся въ общемъ взглядѣ на культуру, какъ на рядъ «сознательныхъ изобрѣтеній и открытій въ области разныхъ искусствъ», въ частности ученіе о произвольномъ установленіи права. Этотъ взглядъ, являющійся наиболѣе типичнымъ проявленіемъ антиисторизма, подкрѣпляетъ вѣру въ силу человѣческаго творчества. Разъ право есть нѣчто сознательно придуманное и созданное самими людьми для своего удобства, то легко все можетъ быть измѣнено и перестроено наново. Въ этомъ взглядѣ коренилось заблужденіе, оказавшееся

[1]) Н. И. Карѣевъ, Сущность историч. процесса и роль личности въ исторіи, стр. 398.

гибельнымъ для самой идеи естественнаго права. «Философы естественно-правовой школы не сознавали только, что рядомъ съ личностью въ исторіи дѣйствуютъ и другія силы, которыя мы объединяемъ теперь подъ общимъ именемъ историческихъ условій, — условій мѣста и времени. Они не понимали того, что законодатель не можетъ передѣлать въ любое время историческое зданіе по своему вкусу и желанію и что онъ долженъ соображаться съ силой обстоятельствъ» [1]).

Такимъ образомъ ученія о естественномъ правѣ, съ одной стороны, ставили весьма широкія задачи и побуждали къ достиженію весьма возвышенныхъ цѣлей, а съ другой стороны, дѣлали неизбѣжной неудачу, благодаря неправильнымъ теоретическимъ воззрѣніямъ. Такимъ образомъ, та высокая миссія, которую выполняли ученія естественнаго права, въ концѣ концовъ въ практическомъ осуществленіи давала весьма незначительные результаты и приводила тѣмъ самымъ къ разочарованію и реакціи. Практически идеалистическія стремленія вырождались въ пренебрежительное отношеніе къ дѣйствующему праву, въ произвольное примѣненіе, вмѣсто твердыхъ позитивныхъ нормъ, субъективныхъ воззрѣній подъ видомъ нормъ справедливости и естественнаго права. Все это особенно имѣло мѣсто въ области гражданскаго права, начиная отъ среднихъ вѣковъ и кончая самымъ позднѣйшимъ временемъ [2]).

Иное практическое выраженіе имѣли идеалистическія стремленія въ области публичнаго права.

Здѣсь была попытка творчества соотвѣтственно идеямъ естественнаго права. На развалинахъ француз-

---

[1]) П. И. Новгородцевъ, Историческая школа юристовъ, стр. 21.
[2]) См. І. А. Покровскій, Естественно-правовыя теченія.

скаго стараго порядка была попытка создать новый государственный строй, считаясь исключительно съ законами и велѣніями разума, такой строй, въ которомъ полностью должна была воплотиться идея естественнаго права.

Смѣлая попытка рухнула съ первыхъ же шаговъ ея осуществленія, а съ ней вмѣстѣ и вѣра во всемогущую силу разума. Неудачный опытъ вызвалъ крутой поворотъ въ настроеніи общественной мысли. Широкіе планы въ области гражданскаго права, имѣвшіе въ виду созданіе единаго совершеннаго гражданскаго кодекса, подъ вліяніемъ этого настроенія были очень скоро оставлены. Вмѣсто такихъ плановъ появилась проповѣдь сохраненія существующаго права, какъ болѣе совершеннаго, чѣмъ все то, что можетъ быть создано искусственнымъ способомъ.

Такимъ образомъ подъемъ идеалистическихъ стремленій XVIII вѣка смѣнился реакціей очень длительной и по своему отношенію къ естественному праву очень рѣзкой. Всѣ недостатки естественнаго права были формулированы тщательнѣе, чѣмъ когда бы то ни было, ему былъ вынесенъ приговоръ и съ нимъ, какъ со старымъ отжившимъ заблужденіемъ, считали покончеными всѣ счеты.

Но вотъ, въ концѣ XIX вѣка, въ юриспруденціи возникаетъ и быстро крѣпнетъ теченіе въ пользу возрожденія естественнаго права. Подъ вліяніемъ недовольства существующимъ правомъ и попытокъ создать новое, появляется идея совершеннаго права, идея того права, которое должно быть поставлено на мѣсто устарѣвшаго. Идея критики права съ точки зрѣнія нѣкотораго высшаго масштаба. Въ этомъ родство новаго направле-

нія со старымъ. Но возрождая духъ прежняго ученія, современные юристы имѣли предъ собой печальную судьбу его въ исторіи юриспруденціи и тѣ заблужденія, которыя обрекали его на безплодность. Новыя формы, въ которыя долженъ былъ быть облеченъ прежній духъ, не должны были содержать въ себѣ прежнихъ ошибокъ. Основные недостатки прежнихъ идеалистическихъ стремленій обусловливались тѣмъ, что эти стремленія были лишь проявленіемъ, безсознательно развивающихся подъ дѣйствіемъ неизмѣнныхъ законовъ развитія права, явленій духовной жизни общества. Попытки формулировать эти безсознательно возникшія смутныя стремленія приводили къ построенію системъ естественнаго права. Именно эти смутныя влеченія, формулированныя такимъ или инымъ образомъ, вылившіяся въ тѣ или иныя системы, были источникомъ всѣхъ практическихъ попытокъ того времени. Дѣятельность людей, хотя и направленная на достиженіе нѣкоторой цѣли, не была еще въ эту эпоху сознательнымъ руководительствомъ историческимъ процессомъ, она была, наоборотъ, всецѣло во власти этого процесса, выраженіемъ его стихійныхъ законовъ. Въ этомъ, уже отмѣченномъ, развитіи толчками, въ стремленіи придавать всплывающимъ въ процессѣ развитія идеямъ, предвосхищающимъ будущее, характеръ абсолютовъ, съ ореоломъ непререкаемой истинности и всемогущества и быстрое разочарованіе въ нихъ, съ переходомъ къ вѣрѣ въ противоположное—во всемъ этомъ достаточно ясно сказывается подчиненность стихійному историческому процессу. Наивная вѣра въ могущество человѣка, во власть его безпрепятственно осуществлять свои идеалы, вѣра, которой обычно сопровождался

подъемъ идеалистическихъ стремленій, очень быстро должна была исчезать, когда изъ области идей переходили въ область реальнаго. Идея всемогущаго, ничѣмъ не ограниченнаго законодательнаго творчества въ этой области реальнаго обнаруживала свою полную несостоятельность.

Что же новаго несетъ съ собой то теченіе, которое снова обращается къ высокимъ задачамъ и идеальнымъ стремленіямъ, казалось бы сданнымъ уже въ архивъ, и снова взываетъ къ творчеству во имя этихъ высокихъ задачъ? Чѣмъ думаетъ оно себя предохранить отъ ошибокъ своихъ предшественниковъ, столь гибельно отражавшихся на судьбѣ ихъ начинаній?

При первоначальномъ столкновеніи человѣка съ противостоящимъ ему міромъ общественныхъ явленій, этотъ послѣдній представляется ему безпорядочнымъ и случайнымъ сочетаніемъ разнообразныхъ элементовъ, вполнѣ зависящихъ отъ человѣческаго произвола. Но при попыткахъ дѣйствовать обнаруживается, что общественныя явленія совсѣмъ не такъ легко подчиняются человѣческой волѣ, какъ это казалось. Становится очевиднымъ существованіе какой-то совершенно независящей отъ человѣка силы, управляющей общественными явленіями. Сила эта властно заявляетъ о своемъ существованіи и дѣлаетъ самаго человѣка съ его идеалами и стремленіями игрушкой въ своихъ рукахъ. Такимъ образомъ возникаетъ и утверждается непреложной идея закономѣрнаго развитія общественныхъ явленій. Не сразу человѣческое сознаніе приходитъ къ этой идеѣ. Долгое время всѣ неудачи въ области общественнаго строительства объяснялись случайными причинами, или заблужденіями въ самомъ содержаніи идеаловъ, чѣмъ и вызыва-

лись въ исторіи человѣческой мысли регулярные переходы изъ одной крайности въ другую. Только въ связи съ огромными успѣхами новѣйшаго времени въ области положительнаго научнаго знанія вообще могла надлежащимъ образомъ развиться идея закономѣрности въ общественной жизни.

Трезвое и объективное познаніе законовъ развитія и проявленія тѣхъ явленій, въ области которыхъ человѣкъ имѣетъ въ виду дѣйствовать, какъ базисъ для практическаго осуществленія идеалистическихъ стремленій, въ частности для законодательнаго творчества— вотъ то новое, что несетъ съ собой теченіе послѣднихъ дней въ юриспруденціи, провозгласившее смѣлый лозунгъ возрожденія естественнаго права.

Тѣ же глубокія и неизмѣнныя причины, которыя въ прежнее время заставляли мысль обращаться къ идеѣ существующаго надъ позитивнымъ правомъ, права естественнаго, идеальнаго, приводятъ теперь къ проповѣди высшихъ цѣлей, которыя должны осуществляться болѣе совершеннымъ правопорядкомъ. Но въ то время, какъ прежде воодушевленные служители высокихъ идей въ своей дѣятельности въ сущности шли ощупью, въ потемкахъ, и въ концѣ концовъ приходили къ такимъ результатамъ, какихъ они вовсе не желали и не ожидали, ихъ новѣйшіе послѣдователи, включая свои идеи въ познанный и необходимый историческій процессъ, дѣлаютъ ихъ живой практической силой. Вотъ какъ говоритъ объ этомъ одинъ изъ представителей новаго направленія:

«Прошло то время, когда философы предлагали идеальныя построенія, въ видѣ красиваго полета фантазіи, въ видѣ произвольной мечты, отрѣшенной отъ

дѣйствительности. Научность, научный духъ проникаютъ всюду; и естественное право, если оно должно возродиться, какъ живая идея, а не какъ антикварный продуктъ временъ давно минувшихъ, должно не только опираться на углубленный философскій анализъ, но еще и войти въ союзъ съ наукой. Оно должно выступить во всеоружіи всѣхъ данныхъ человѣческой мысли для того, чтобы бороться съ ея общественнымъ зломъ и очищать путь нравственнаго прогресса.

Говоря объ этой желательной постановкѣ естественнаго права, я не могу не упомянуть здѣсь, что шаги въ этомъ направленіи уже дѣлаются. Достаточно назвать Штаммлера и въ особенности Петражицкаго, которому принадлежитъ мало оцѣненная въ нашей литературѣ заслуга придать доктринѣ естественнаго права характеръ твердой и опирающейся на широкій научный базисъ, дисциплины» [1]).

Такимъ образомъ новѣйшіе представители естественно-правового теченія, наиболѣе яркимъ выразителемъ коихъ необходимо признать проф. Петражицкаго и разрабатывающаго основныя идеи послѣдняго на нѣсколько иной почвѣ Штаммлера, имѣютъ въ виду прежде всего созданіе особой науки, сознательно и методически разрабатывающей вопросы о высшихъ цѣляхъ права и тѣхъ средствахъ, при помощи коихъ эти цѣли реальнымъ образомъ могутъ быть достигнуты [2]).

Правда, основательная и полная разработка такой науки дѣло будущаго; представителямъ новаго теченія

---

[1]) П. И. Новгородцевъ, Нравственный идеализмъ въ философіи права. Сборникъ статей „Проблемы идеализма“, стр. 295.

[2]) См. Petrażycki, Lehre vom Einkommen“ I, 327 ff. II, 337 ff. Введеніе и предисловіе къ наукѣ политики права. Кіевскія Ун. Изв. 1896 г. стр. XXXX и слѣд. Штаммлеръ, „Хозяйство и право“ II.

приходится прежде всего останавливаться на обоснованіи необходимости и возможности такой новой науки. На обоснованіе необходимости направлены были цивилистическіе труды проф. Петражицкаго, вышедшіе на нѣмецкомъ языкѣ. Здѣсь необходимость такой науки практически обосновывается, съ одной стороны, фактомъ существующаго оживленнаго законодательства, стремящагося замѣнить устарѣвшія, несовершенныя нормы—совершенными, а съ другой, крайней неудачностью этого законодательства, вслѣдствіе отсутствія въ немъ руководящихъ началъ для познанія и оцѣнки конкретнаго дѣйствія устанавливаемыхъ нормъ. На философское обоснованіе необходимости новаго направленія направлены у насъ сочиненія Новгородцева, а на западѣ сочиненія Штаммлера. Впрочемъ, необходимость новаго направленія и соотвѣтствующей науки, въ началѣ подвергавшаяся сомнѣнію, въ настоящее время завоевала себѣ широкое признаніе.

Вопросъ о возможности новаго направленія, о его научной правомѣрности, разрѣшеніе коего составляетъ дальнѣйшую задачу представителей новаго направленія—связанъ съ рѣшительной критикой, какой подверглась старая идея естественнаго права со стороны юриспруденціи XIX вѣка. Эта идея была признана несовмѣстимой съ выводами объективной науки и покоящейся на ложныхъ антиисторическихъ предпосылкахъ. Ея вѣра въ возможность усиліями человѣческой воли осуществлять идеалы была признана опаснымъ заблужденіемъ. Современные юристы, возвращаясь къ духу прежней идеи, отбрасываютъ, разумѣется, всѣ многочисленныя заблужденія и недоразумѣнія, съ ней связанныя, въ частности все то, что было въ ней дѣйствительно ре-

зультатомъ отсутствія идеи закономѣрнаго историческаго развитія. Эта идея, которая впервые объявила себя непримиримой съ идеей естественнаго права, въ настоящее время составляетъ незыблемое достояніе человѣческаго знанія и является прочнымъ фундаментомъ въ научномъ воззрѣніи современныхъ юристовъ. Тѣмъ не менѣе между этими двумя идеями—идеей естественнаго права и идеей закономѣрнаго историческаго развитія при правильной постановкѣ вопроса противорѣчія не существуетъ и благодаря этому падаетъ одно изъ самыхъ главныхъ орудій, выдвинутыхъ противъ естественнаго права, юриспруденціей XIX вѣка.

Новая наука, выступающая подъименемъ политики права или законодательной политики, обращается со своими выводами къ законодателю, имѣя въ виду указать ему, съ одной стороны, тѣ высшія цѣли и идеалы, къ которымъ онъ долженъ стремиться, а съ другой, тѣ средства, при помощи которыхъ они практически могутъ осуществляться. Слѣдовательно, новая наука, исходя изъ наличности законодательной дѣятельности, покоится на предположеніи, что эта послѣдняя можетъ нести или фактически несетъ творческую функцію въ процессѣ правообразованія и праворазвитія.

Законодательная дѣятельность можетъ существовать и не имѣя этой творческой функціи. Ея роль можетъ сводиться къ покорному и, такъ сказать, безсознательному формулированію и санкціонированію правовыхъ нормъ, возникшихъ въ процессѣ закономѣрнаго историческаго развитія. Но при такой роли, если бы она единственно только и была возможна,—политика права, разрабатывающая высшія цѣли, подлежащія осуществленію, была бы безполезна. Если бы тщательное на-

учно-теоретическое познаніе процессовъ возникновенія и развитія права и тѣхъ законовъ, которые ими управляютъ, обнаружило, что законодательство творческихъ функцій имѣть не можетъ и что вся фактическая законодательная дѣятельность можетъ заключаться лишь въ формулированіи того, что создается жизнью помимо ея, если бы къ такому выводу пришла точная наука, то «естественно-правовое» теченіе, въ томъ смыслѣ, какъ мы его опредѣлили, должно было бы разъ навсегда сойти со сцены. Естественное право оставалось бы заблужденіемъ той эпохи, въ которую вмѣсто твердыхъ научныхъ истинъ господствовали поверхностныя, непровѣренныя, подчасъ наивныя вѣрованія и убѣжденія. Однако современные юристы не приходятъ къ такимъ выводамъ. Въ ихъ воззрѣніяхъ творческая функція законодательства примиряется со строгой объективной закономѣрностью процессовъ возникновенія и развитія права. Примиряется, правда, не у всѣхъ одинаковымъ образомъ, а стоитъ въ связи съ основнымъ характеромъ взглядовъ даннаго автора, вытекая изъ существа его теоретическихъ воззрѣній. Прослѣдить разрѣшеніе этой проблемы у представителей господствующихъ теченій составляетъ нашу задачу. Эта проблема имѣетъ свою весьма интересную и поучительную исторію. При первомъ своемъ возникновеніи она была разрѣшена отрицательно, что и послужило исходной точкой для всѣхъ дальнѣйшихъ построеній. Мы имѣемъ въ виду историческую школу и ея дальнѣйшую судьбу.

418422

ГЛАВА II.

Историческая школа.

За исторической школой необходимо признать заслугу первоначальной и ясной постановки интересующаго насъ вопроса о творческой функціи законодательной дѣятельности въ процессѣ образованія и развитія права, протекающемъ съ объективной необходимостью, по своимъ внутреннимъ законамъ. Благодаря категорической формѣ, въ которой этотъ вопросъ былъ разрѣшенъ и тѣмъ практическимъ послѣдствіямъ, которыя это имѣло для окончательнаго осужденія идей естественнаго права, воззрѣнія исторической школы имѣютъ и въ настоящее время значеніе для нашего вопроса. Съ разсмотрѣнія и критики ихъ начинаются всѣ новѣйшія разсужденія о естественномъ правѣ.

Историческая школа, въ тѣхъ основныхъ воззрѣніяхъ, которыя развиты ея представителями, была не только теоретическимъ ученіемъ, но и выраженіемъ опредѣленнаго настроенія, охватившаго общественную мысль послѣ подъема идеалистическихъ стремленій въ XVIII вѣкѣ. Тѣ неизбѣжныя послѣдствія, къ которымъ, въ концѣ концовъ, приводили каждый разъ идеалистическія стремленія—послѣдствія, сущность и причина которыхъ нами уже выяснены, были на лицо и ко вре-

мени появленія исторической школы. Отсутствіе должнаго уваженія къ дѣйствующему праву, съ одной стороны, съ другой, неудачныя попытки осуществить «право разума», наиболѣе чувствительно проявившіяся въ области публичнаго права въ крушеніи французской революціи,— были источниками, питавшими реакцію противъ естественнаго права, внутренними мотивами основныхъ лозунговъ ученія Савиньи [1]). Во многомъ ученіе Савиньи и его послѣдователей, по духу своему и практическому значенію, почти тождественно со взглядами и практическими требованіями тѣхъ юристовъ ранняго и болѣе поздняго средневѣковья, которые объявляли борьбу противъ появлявшихся періодически и распространявшихся естественно-правовыхъ идей [2]).

Превознесеніе положительнаго права, преувеличенное признаніе его достоинствъ и отрицательное отношеніе къ необходимости и возможности его улучшенія и дополненія путемъ законодательства—все это не было создано исторической школой впервые, а неизмѣнно, почти въ однихъ и тѣхъ же выраженіяхъ, повторялось во всѣ эпохи реакцій противъ естественнаго права. Новой и оригинальной являлась лишь та аргументація, которой подкрѣплялъ Савиньи свои практическія требованія. Не простыми соображеніями практическаго же порядка и не указаніями только на недостатки предшествующаго теченія являются эти аргументы, а попыткой поставить свои доводы въ связь съ объективнымъ научнымъ изслѣдованіемъ существующаго. Это объективное научное изслѣдованіе приводило, прежде всего, къ идеѣ закономѣрнаго историческаго развитія.

---

[1]) Ср. Новгородцевъ, Нравственный идеализмъ стр. 238.

[2]) Ср. І. А. Покровскій, Естеств.-прав. течен. въ ист. гражд. пр.

Въ энергичномъ провозглашеніи этой идеи и въ практическомъ использованіи ея при разрѣшеніи важнаго и животрепещушаго вопроса заключается огромная заслуга Савиньи. «Причина, по которой торжество этихъ идей въ юриспруденціи соединилось съ именемъ Савиньи, заключается въ томъ, что онъ воспользовался ими для разрѣшенія важнаго практическаго вопроса своего времени и такимъ образомъ реализовалъ ихъ значеніе, показавъ наглядно ихъ цѣнность [1]).

Заслуга созданія и формулированія общей идеи закономѣрнаго историческаго развитія принадлежитъ, впрочемъ, отнюдь не Савиньи. Ко времени его дѣятельности она была уже прочнымъ достояніемъ развившагося и окрѣпшаго научнаго сознанія, являясь поворотнымъ пунктомъ и началомъ новаго весьма плодотворнаго періода въ развитіи науки. Историческая школа только заимствовала эту идею у философовъ и историковъ своего времени и дала ей примѣненіе въ той области, которая въ теченіи всего предшествовавшаго времени оставалась чуждой этой идеѣ, въ которой было *историческое изученіе*, но не было *историческаго пониманія*. «Историческое изученіе права существовало и прежде, но историческое пониманіе явилось только въ ученіи исторической школы. Да иначе и не могло быть, такъ какъ тогда не была еще выработана идея закономѣрнаго историческаго развитія, явившаяся не ранѣе XVIII вѣка, благодаря трудамъ Вико, Монтескье, Гердера» [2]).

---

[1]) С. А. Муромцевъ, Образованіе права по ученіямъ нѣмецкой юриспруденціи, 2-е изданіе, Москва, 1886 г., стр. 5.

[2]) Н. М. Коркуновъ, Лекціи, стр. 86.

Сущность теоріи Савинья, изложенной имъ первоначально въ полемической брошюрѣ противъ Тибо, по вопросу о созданіи новаго гражданскаго кодекса для всей Германіи [1]), и программной статьѣ къ основанному имъ журналу [2]), сводится къ слѣдующему.

Двумя историческими причинами, объясняетъ онъ въ своей брошюрѣ [3]), обусловливается теченіе въ пользу созданія общаго для всѣхъ нѣмецкихъ государствъ кодекса. Съ одной стороны, общимъ порывомъ творчества, охватившимъ всю Европу, съ ожиданіемъ отъ своего времени водворенія во всѣхъ сферахъ жизни полнаго совершенства, съ другой, господствовавшимъ среди большинства юристовъ убѣжденіемъ, что все право возникаетъ изъ законовъ и потому измѣнчиво и случайно по содержанію (von ganz zufälligen, wechselnden Inchalt), такъ что вполнѣ возможно, что сегодняшнее право совершенно не будетъ походить на вчерашнее. Это и поддерживало мысль о возможности идеальнаго законодательства, которое, осуществивъ естественное право или право разума, разъ навсегда усовершенствовало бы позитивное право [4]). Такое воззрѣніе на право Савинья находитъ абсолютно несоотвѣтствующимъ дѣйствительности. Разсмотрѣніе исторіи, «съ намѣреніемъ объективно запросить, что въ ней въ дѣйствительности происходитъ, независимо отъ оцѣнки со стороны желательности или нежелательности» [5]), приводитъ его къ слѣдующимъ основнымъ положеніямъ.

---

[1]) F. C. von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

[2]) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. I 1815 г.

[3]) Vom Beruf..., Einleitung, стр. 4—7 (3-е изд. 1840 г.).

[4]) Ibidem, стр. 5.

[5]) Ihidem, Entstehung des positives Rechts, стр. 8.

Право, какъ при своемъ первоначальномъ возникновеніи, такъ и при дальнѣйшемъ развитіи, находится въ органической связи съ существованіемъ и характеромъ народа. «Историческая школа полагаетъ, что право по своему содержанію опредѣляется не произволомъ, а всѣмъ прошлымъ націи въ совокупности, такъ что оно не случайно является такимъ, или инымъ, а выростаетъ изъ внутренней сущности самой націи и ея исторіи» [1]). Право ни одной минуты не находится въ состояніи абсолютнаго покоя, и подлежитъ непрерывному движенію и развитію.

Развитіе это всецѣло подчинено закону внутренней необходимости и происходитъ такимъ образомъ, что право на первоначальныхъ ступеняхъ порождается нравами и народнымъ убѣжденіемъ (Volksglaube), а затѣмъ юриспруденціей—всюду, такимъ образомъ, черезъ внутреннія незамѣтно дѣйствующія силы, а не по произволу законодателя [2]).

Какую же роль играетъ и можетъ играть законодательная дѣятельность въ этомъ процессѣ развитія права, протекающемъ въ сферѣ безличнаго духа, вдали отъ страстей людскихъ и случайныхъ превратностей исторіи? Отвѣтъ, который Савинь и даетъ здѣсь, таковъ. Конечно, говоритъ онъ, вліяніе законодательства, иногда заслуживающее одобренія, иногда порицанія, имѣетъ мѣсто въ исторіи и представляетъ явленіе далеко не рѣдкое [3]). Но законодательство и его вліяніе на право имѣетъ двоякій характеръ. Или оно можетъ имѣть въ виду измѣненіе самаго содержанія права, созданіе но-

---

[1]) Zeitschrift f. g. R. Bd. I стр. 6.
[2]) Beruf... 13—14.
[3]) Ibidem, стр. 14.

ваго права по содержанію, или оно преслѣдуетъ задачу помощи обычному праву, праву, живущему въ народномъ духѣ, способствуя его проявленію и сохраненію. Отдѣльныя положенія права могутъ вызывать сомнѣнія, или по существу своему имѣть колеблющіяся, неопредѣленныя границы, между тѣмъ, какъ примѣненіе ихъ требуетъ строгихъ границъ. Въ такихъ случаяхъ законодательное вліяніе можетъ быть очень полезно [1]). Въ приложеніи къ своей брошюрѣ Савиньи указываетъ еще на нѣкоторыя существенныя задачи, которыя, по его мнѣнію, могутъ быть осуществлены только указанной служебной функціей законодательства [2]). Но насъ это не интересуетъ. Главный интересъ для насъ представляютъ взгляды Савиньи на первый изъ отмѣченныхъ имъ видовъ законодательства, на законодательство *творческое*, каковое и имѣютъ въ виду, по его словамъ, въ наши дни, когда говорятъ о потребности въ новыхъ законахъ. Подробнаго развитія взглядовъ мы въ его брошюрѣ не находимъ; встрѣчаются въ разныхъ мѣстахъ лишь отдѣльныя замѣчанія и въ систему ихъ необходимо приводить въ связи съ общими основами его воззрѣній. Изъ этихъ замѣчаній очевидно, что, по его мнѣнію, путемъ законодательнаго творчества не можетъ быть создано новое право. Право есть то, что живетъ въ народномъ духѣ, развившись органически изъ заложеннаго въ немъ изначально. Законодательство по отношенію къ такому органическому развитію является чѣмъ-то внѣшнимъ, противостоящимъ его безмятежному ходу своими новыми идеями. Его вліяніе не можетъ заключаться въ томъ, что оно вольетъ свои идеи

[1]) Ibidem, стр. 16—17.
[2]) Ibidem, стр. 188.

въ общенародное убѣжденіе, а сведется лишь къ тому, что оно задержитъ или испортитъ нормальное развитіе права, будетъ безплоднымъ искаженіемъ права (fruchtbare Corruption) [1]). «Если въ общенародномъ убѣжденіи (allgemeine Ansicht) обнаружится опредѣленное похвальное стремленіе (Richtung), говоритъ Савиньи въ одномъ мѣстѣ своей брошюры,—то оно можетъ быть поддержано законодательствомъ, но вызвать такое стремленіе оно не можетъ и гдѣ оно совершенно отсутствуетъ, тамъ всякая попытка творческаго законодательства только сдѣлаетъ наличное состояніе еще болѣе шаткимъ и затруднитъ исцѣленіе [2]).

Такова сущность воззрѣній Савиньи. Пониманіе его теоріи нѣсколько затрудняется тѣмъ, что она изложена вскользь, въ сочиненіи, имѣвшемъ въ виду практическую задачу. Кромѣ того, его основныя положенія имѣютъ двойственный характеръ, выступая, то какъ констатированіе сущаго, то какъ нормы должнаго. Это относится какъ къ положенію о безмятежномъ органическомъ развитіи права, такъ и къ положенію о роли законодательнаго творчества. Это и даетъ поводъ нѣкоторымъ изслѣдователямъ считать эти положенія, особенно второе изъ нихъ, только практическими требованіями. Не отрицая того, что Савиньи въ конечномъ счетѣ такія практическія требованія, со всѣми слѣдствіями изъ нихъ, выставляетъ, необходимо признать, что они все же покоятся на изложенныхъ нами теоретическихъ основаніяхъ, представляющихъ систематическое, законченное воззрѣніе на сущность и характеръ праворазвитія.

[1]) Ibidem, стр. 16
[2]) Ibidem, стр. 47.

Взгляды Савиньи были восприняты Пухтой, въ сочиненіяхъ котораго они получили еще болѣе послѣдовательное и рѣзкое развитіе.

Обращаясь къ оцѣнкѣ изложенныхъ воззрѣній исторической школы, необходимо признать, что они были несомнѣннымъ шагомъ впередъ въ дѣлѣ познанія права, его научнаго изученія. Болѣе того, они были первымъ шагомъ именно въ томъ направленіи, которое единственно могло спасти идеалистическія стремленія человѣческаго духа въ области права отъ вѣчной ихъ безпочвенности и безплодности. Мы уже указывали, что эта безплодность была результатомъ ненаучнаго, наивнаго отношенія къ дѣйствительности, игнорированія въ ней мало замѣтныхъ, внѣ произвола человѣка лежащихъ, но дѣйствующихъ съ закономѣрной необходимостью, силъ. Только познаніе этихъ силъ и покоящееся на этомъ познаніи, умѣлое воздѣйствіе на нихъ, можетъ превратить смутныя идеалистическія стремленія въ сознательное руководительство развитіемъ права. Первый шагъ въ сторону такого познанія и дѣлаетъ историческая школа, отказываясь отъ наивныхъ воззрѣній своихъ предшественниковъ, прочно утверждая идею закономѣрнаго историческаго развитія и обращаясь къ познанію управляющей этимъ развитіемъ, независящей отъ человѣческаго произвола, силы. «Внесенная исторической школой постановка вопроса состоитъ въ томъ, что стараются опредѣлить: какіе факторы участвуютъ фактически въ созданіи права. Въ чемъ истинный корень права и государства; что представляютъ изъ себя фактически дѣйствующія причины правообразованія; каковы фактическіе источники права? Стараются обнять въ единой формулѣ дѣйствующія при возникновеніи

права силы; стремятся свести образованіе права къ одному послѣднему устойчивому фактору» [1]).

Но только этой принципіальной постановкой вопроса и ограничивается заслуга исторической школы. «Историческая школа не раскрыла секрета развитія права, но только указала на то, что дѣло идетъ о таинственныхъ силахъ (народномъ духѣ), такъ что цѣлевое объясненіе развитія права во всякомъ случаѣ несостоятельно» [2]). Попытки исторической школы дать отвѣтъ на поставленный вопросъ, содержаніе выставленной ею теоріи, очень далеки отъ истинной научности. Ученіе о саморазвивающемся народномъ духѣ, постепенно раскрывающемъ изначально заложенныя въ немъ особенности, по справедливости отвергнутое послѣдующими критиками, должно быть признано безусловно неправильнымъ. То же можно сказать и о пониманіи права, какъ общенароднаго убѣжденія, общей воли [3]). Идея единаго національнаго духа, принимающая въ ученіи Пухты даже нѣкоторый мистическій характеръ, тоже совершенно не научна и ничего не объясняетъ. Сводя все къ этой неизвѣстной величинѣ, вмѣсто того, чтобы дѣйствительно познать причины и законы развитія, представители исторической школы не только не разрѣшали вопроса, какъ можно руководить этимъ развитіемъ, но рѣшительно отрицали возможность этого руководительства. А съ этимъ отрицаніемъ было естественно связано и отрицаніе естественнаго права, во-

---

[1]) R. Stammler, Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, стр. 8.

[2]) L. Petrażycki, Die Lehre vom Einkommen, Bd. II, стр. 584.

[3]) См. критику этого взгляда у проф. Петражицкаго, Теорія права, 1907 г., § 20, и особенно стр. 285 и слѣд., а также С. А. Муромцевъ, l. c., § 7 и 8.

обще существованія надъ позитивнымъ правомъ идеальныхъ правовыхъ нормъ. «Съ этой точки зрѣнія, теоретическія построенія идеальнаго права должны казаться жалкими попытками субъективнаго разума измѣнить естественное теченіе исторіи [1]).

Такая крайность и односторонность ученія исторической школы объясняется, съ одной стороны, тѣмъ обычно наблюдаемымъ явленіемъ, что впервые открытая и установленная идея оказываетъ на ея первыхъ приверженцевъ нѣсколько преувеличенное, какъ бы подавляющее и толкающее ихъ къ односторонности вліяніе. Съ другой стороны, и главнымъ образомъ ихъ нужно объяснить тѣмъ отрицательнымъ отношеніемъ къ законодательству и реформамъ вообще, которое стояло въ связи съ общимъ реакціоннымъ настроеніемъ общества. Въ этотъ историческій моментъ дѣйствительно законодательная дѣятельность замерла и лишь подъ вліяніемъ этого могла быть послѣдовательно, до самыхъ крайнихъ выводовъ, развита теорія исторической школы. Впослѣдствіи наличность фактической законодательной дѣятельности и ея несомнѣнное вліяніе на измѣненіе права были какъ разъ тѣми факторами, которые заставляли отказаться отъ крайностей исторической школы. Но первые шаги въ этомъ направленіи вмѣстѣ съ крайностями отбрасывали и то цѣнное, что было установлено исторической школой, и такимъ путемъ впадали въ противоположную крайность

---

[1]) П. И. Новгородцевъ, Истор. шк. юр., стр. 84.

ГЛАВА III.

Іеринг.

Съ теоретическими воззрѣніями исторической школы на то, какъ фактически процессъ образованія права происходитъ, посколько эти воззрѣнія высказывались независимо отъ тѣхъ или иныхъ практическихъ требованій—не мирился реальный жизненный фактъ потребности въ реформирующемъ законодательствѣ. Такая потребность неизмѣнно возникала на почвѣ несовершенства существующаго права.

Кромѣ того, хотя въ тотъ историческій моментъ въ законодательной дѣятельности и было затишье, но повседневная, незамѣтная работа въ этой области все же имѣла мѣсто и это бросавшееся въ глаза обстоятельство тоже шло въ разрѣзъ съ выводами исторической школы въ ихъ чистомъ видѣ.

Первыя возраженія противъ исторической школы на этой именно почвѣ и возникаютъ. Въ развитіи научной юриспруденціи послѣ теоріи Савиньи на первомъ планѣ стояло стремленіе примирить теорію закономѣрнаго развитія права съ возможностью сознательныхъ усилій, направленныхъ на удовлетвореніе задачъ настоящаго. Рядъ ученыхъ [1]) направляютъ свои

---

[1]) П. И. Новгородцевъ, Истор. школа.

усилія на опроверженіе теоріи органическаго образованія права, «которая даже въ отдѣльныхъ юридическихъ положеніяхъ отрицаетъ вліяніе субъективныхъ воззрѣній и желаній законодателя» [1]).

Наиболѣе послѣдовательное и рѣзкое выраженіе эта реакція противъ ученій исторической школы нашла въ теоріи правообразованія и покоившихся на ней практическихъ воззрѣніяхъ выдающагося нѣмецкаго юриста Іеринга.

Для теоретическаго разрѣшенія интересующаго насъ здѣсь вопроса теорія Іеринга не имѣетъ особенно существеннаго значенія и уступаетъ въ этомъ отношеніи исторической школѣ. Хронологически явившись этой послѣдней на смѣну, она не была шагомъ впередъ въ научномъ выясненіи вопроса о возможности руководительства исторически-закономѣрнымъ процессомъ развитія права, о задачахъ и средствахъ этого руководительства.

Подъ вліяніемъ опредѣленнаго настроенія, которымъ проникнута научная дѣятельность Іеринга, у него отсутствуетъ даже надлежащая постановка вопроса, которая прежде всего необходима для плодотворнаго изслѣдованія. Значеніе, которое имѣла его теорія, лишь воспроизводившая отдѣльные элементы ученій его предшественниковъ (подчасъ весьма отдаленныхъ), было главнымъ образомъ отрицательное. Ложныя идеи, проведенныя послѣдовательно, должны были разъ навсегда обнаружить свою несостоятельность и быть отвергнутыми. Правильное пониманіе теоретическихъ воззрѣній Іеринга и ихъ отношенія къ тѣмъ теченіямъ, на смѣну

---

[1]) Ibidem, стр. 125, Слова Гарума.

коихъ они явились, требуетъ слѣдующихъ предварительныхъ разъясненій.

Въ исторіи юриспруденціи бросается въ глаза періодическая и, какъ мы уже видѣли, даже регулярная смѣна двухъ теченій. Основная противоположность этихъ теченій была формулирована еще въ эпоху глоссаторовъ, въ спорѣ двухъ знаменитыхъ докторовъ права Мартина и Булгара[1]). Споръ этотъ повелъ къ образованію двухъ враждебныхъ лагерей—Мартинистовъ и Булгаристовъ. Характерной особенностью воззрѣній первыхъ было стремленіе отступать отъ положеній римскаго права, когда этого требовала, по ихъ мнѣнію, «aequitas», короче говоря, особенностью этого теченія было свободное отношеніе къ источникамъ, приспособленіе ихъ къ практическимъ потребностямъ. Булгаристы же самымъ рѣшительнымъ образомъ возставали противъ этого и требовали строгаго отношенія къ точному смыслу источниковъ, толкованія и примѣненія нормъ только въ соотвѣтствіи съ точнымъ ихъ смысломъ.

Всѣ послѣдующія теченія въ юриспруденціи могутъ быть отнесены къ одному изъ указанныхъ типовъ.

Факторомъ, неизмѣнно поддерживающимъ возникновеніе перваго теченія, какъ мы уже знаемъ, является неудовлетворительность дѣйствующаго права.

Второе теченіе является реакціей противъ тѣхъ отрицательныхъ послѣдствій, которыя неизбѣжно вытекаютъ изъ свободнаго отношенія къ дѣйствующему праву. Это намъ уже отчасти извѣстно изъ предшествующаго изложенія. Но, далѣе, необходимо отмѣтить,

[1]) См. объ этомъ І. А. Покровскій, Естествен. прав. теченія въ исторіи гражданскаго права.

что первое изъ указанныхъ нами теченій, то самое, представителемъ котораго былъ Мартинъ, проявляется въ исторіи въ двухъ видахъ, существенно между собою различающихся: 1) въ видѣ идеалистическаго направленія и 2) въ видѣ направленія житейско-практическаго. Чертами общими обоимъ этимъ видамъ являются—одинаковый источникъ происхожденія—неудовлетворительность дѣйствующаго права, одинаковое фактически неуважительное отношеніе къ положительному праву и тенденціи замѣнять его субъективными построеніями и произвольными толкованіями. Ихъ основное различіе въ томъ, что въ идеалистическихъ теченіяхъ принципіально ставятся широкія задачи и стремленія направляются въ сторону бо́льшихъ или меньшихъ законодательныхъ реформъ. Только вслѣдствіе отсутствія научно-методическихъ средствъ осуществленія этихъ задачъ и стремленій они вырождаются въ произвольное и субъективное перетолковываніе права. Въ практическихъ теченіяхъ всякія широкія задачи и возвышенныя стремленія отсутствуютъ и даже сознательно отрицаются, на смѣну имъ является свободное отношеніе къ дѣйствующему праву, которое и беретъ на себя функціи исправленія недостатковъ существующаго права.

Господство того или иного теченія связано съ подъемомъ или упадкомъ идейнаго настроенія въ обществѣ, съ тѣмъ, находится ли оно въ состояніи культурнаго подъема или культурнаго кризиса.

Именно къ типу практическаго теченія принадлежатъ ученія Іеринга. Въ концѣ XVIII вѣка недовольство существующимъ правомъ, подъ вліяніемъ общаго идейнаго подъема, царившаго въ то время въ обще-

ствѣ, вылилось въ яркое идеалистическое теченіе. Историческая школа, съ призывомъ держаться строго существующаго права и съ идеализаціей этого права, явилась реакціей этому теченію. Неудовлетворительность дѣйствующаго права, дававшая себя, однако, знать все сильнѣе, толкала на иные пути, чѣмъ указанные исторической школой и въ рамкахъ продолжавшейся въ обществѣ идейной реакціи, затянувшагося культурнаго кризиса, привела къ практическому направленію.

Всѣмъ этимъ именно обусловливается основной духъ ученій Іеринга и это нужно принять во вниманіе для правильнаго пониманія теоретическихъ его воззрѣній на образованіе права.

Эти воззрѣнія не изложены Іерингомъ систематически и не представляютъ надлежаще разработанной теоріи. Они разбросаны въ разныхъ мѣстахъ его сочиненій въ видѣ отдѣльныхъ положеній, высказываемыхъ по разнымъ поводамъ и подчасъ далеко между собою несогласованныхъ [1]).

Основнымъ пунктомъ среди этихъ воззрѣній является то, повторяемое во многихъ мѣстахъ, положеніе его, что право создается не органически само собой, не дѣйствіемъ какихъ-то внутреннихъ сокрытыхъ силъ, а исключительно дѣятельностью людей. Въ этомъ именно пунктѣ онъ прежде всего и самымъ рѣшительнымъ образомъ расходится съ исторической школой. «Основное положеніе, которое я противопоставляю этому уче-

[1]) Іерингъ въ теченіе своей продолжительной научной и литературной дѣятельности не разъ существенно мѣнялъ свои воззрѣнія. Излагая его воззрѣнія на образованіе права, мы имѣемъ въ виду его «Духъ римскаго права» и брошюру «Борьба за право». Въ своемъ позднѣйшемъ сочиненіи «Цѣль въ правѣ» онъ высказываетъ иные взгляды.

нію, говоритъ Іерингъ въ одномъ мѣстѣ, заключается въ слѣдующемъ: исторія права началась желѣзнымъ періодомъ, тяжелой борьбой и работой человѣческаго разума, намѣреніе, рефлексія, сознаніе, разсчетъ дѣйствовали уже при возникновеніи права, юридическое искусство существовало уже у колыбели его» [1]). «То что намъ кажется вытекающимъ изъ природы права, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ, всего менѣе представляетъ собою изначальное достояніе человѣческаго рода. Своимъ практическимъ значеніемъ оно обязано не силѣ правового убѣжденія и не идеѣ справедливости; оно является продуктомъ человѣческой дѣятельности, приводимой въ движеніе матеріальными основаніями, жизненной необходимостью и давленіемъ обстоятельствъ и руководимой мотивами цѣлесообразности» [2]).

Изъ этихъ же, приведенныхъ нами, замѣчаній мы знакомимся подробнѣе съ тѣмъ, что именно понимаетъ Іерингъ подъ дѣятельностью человѣческой, созидающей право.

Онъ имѣетъ въ виду не какую-нибудь вспомогательную роль человѣческой дѣятельности того или иного вида при образованіи права, наличность каковой вовсе не находится въ непримиримомъ противорѣчіи съ воззрѣніями исторической школы [3]), а утверждаетъ, что правовыя нормы создаются отъ начала до конца сознательной дѣятельностью человѣка. Эта дѣятельность есть прежде всего напряженіе мысли (рефлексія, разсчетъ), умственная дѣятельность, направленная на то, чтобы содержаніе выдумываемой, создаваемой нормы

---

[1]) R. von Ihering. Geist des. römischen Rechts. Bd. III, стр. 2.
[2]) R. von. Ihering. Geist., Bd. I, стр. 235.
[3]) Ср. изложенное выше.

соотвѣтствовало той цѣли, которая эту дѣятельность приводитъ въ движеніе. Наличность опредѣленной цѣли, опредѣленныхъ интересовъ составляетъ необходимое предположеніе этой дѣятельности и безъ нихъ послѣдняя немыслима. Это положеніе, высказанное Іерингомъ уже въ его сочиненіи «Духъ римскаго права», въ частности заключающееся уже въ вышеприведенныхъ мѣстахъ, впослѣдствіи было особенно развито въ объемистомъ сочиненіи: «Der Zweck im Recht». Сущность этого положенія кратко и отчетливо формулирована въ motto къ этому сочиненію: «Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts» [1]).

Дальнѣйшимъ и наиболѣе важнымъ пунктомъ воззрѣній Іеринга на человѣческую дѣятельность, творящую право, является вопросъ о томъ, кто является субъектомъ этой дѣятельности опредѣленные призванные къ тому органы государства или вообще всѣ люди. Въ своемъ «Духѣ римскаго права» и въ своей брошюрѣ «Борьба за право» Іерингъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ во второмъ смыслѣ [2]). Не объ организованной законодательной дѣятельности говоритъ онъ въ излагаемой здѣсь теоріи правообразованія, а о дѣятельности всѣхъ людей вообще. «Право—напряженная работа не одной лишь государственной власти, но и всей націи. Во всѣ времена жизнь права являетъ намъ ту же безпрерывную борьбу, неустанную работу всего народа, какую мы

---

[1]) «Въ дѣйствіи закона цѣли Іерингъ нашелъ специфическую черту историческихъ явленій, отличающую ихъ отъ природныхъ» (Новгородцевъ, Истор. школа, стр. 155).

[2]) Въ сочиненіи «Цѣль въ правѣ» Іерингъ говоритъ исключительно о дѣятельности органовъ государственной власти, но вопросъ, имъ разбираемый, касается не образованія права, а его фактическаго осуществленія.

подмѣчаемъ въ области его экономической и духовной дѣятельности. Каждый, кому приходится защищать свое правомочіе, тѣмъ самымъ принимаетъ нѣкоторое участіе въ этой общей работѣ, прилагаетъ свой трудъ ради осуществленія идеи права» [1]).

Такъ же опредѣленно говоритъ объ этомъ Іеринг ъ въ «Духѣ римскаго права». Такъ, напр., въ первомъ томѣ, касаясь вопроса объ образованіи права въ первобытныя эпохи, личной дѣятельности и личной энергіи онъ придаетъ значеніе исключительныхъ творцовъ права, ибо государство въ это время въ образованіи права вовсе не принимаетъ участія. Онъ даже высказываетъ свою солидарность съ наивнымъ ученіемъ представителей естественнаго права прошлыхъ столѣтій въ томъ, что право обязано своимъ возникновеніемъ личной иниціативѣ и договорному началу [2]),

Изъ этихъ положеній самъ собой вытекаетъ дальнѣйшій основной тезисъ теоріи правообразованія Іеринга, ученіе о борьбѣ, какъ главной правотворящей силѣ. Дѣятельность людей, создающая право, являясь, съ одной стороны, напряженной умственной работой, выдумывающей нормы для извѣстныхъ цѣлей, съ другой, есть борьба за созданныя нормы. Цѣлью созданія нормъ всегда являются опредѣленные интересы. Но интересы у различныхъ людей могутъ быть различны, могутъ находиться въ противорѣчіи и соотвѣтственно этому будутъ различны и противорѣчивы создаваемыя людьми правовыя нормы. Вопросъ о томъ, какія же нормы одержатъ верхъ и войдутъ въ дѣйствующее право рѣшается

---

[1]) Іеринг ъ, Борьба за право стр. 3 (изд. Всеобщей библіотеки № 49).

[2]) Geist, Bd. I, стр. 224—225.

борьбой и соотношеніемъ силъ. Всякая реформаторская попытка «даетъ начало борьбѣ, исходъ которой, какъ и всякой другой борьбы, рѣшается не достоинствомъ и значеніемъ вызвавшихъ ее побужденій, а соотношеніемъ борющихся силъ» [1]).

Отсюда воззрѣнія Іеринга на право, какъ на силу, политику силы, защиту интересовъ и т. п. Этимъ же объясняется, почему Іерингъ всецѣло склоняется къ ходячему опредѣленію права, какъ совокупности принудительныхъ нормъ, дѣйствующихъ въ государствѣ и со своей стороны рѣшительнѣйшимъ образомъ считаетъ государство единственнымъ источникомъ права: нормы, къ исполненію которыхъ не можетъ принудить тотъ, кто ихъ установляетъ, не суть юридическія нормы [2]).

Въ какомъ же отношеніи съ точки зрѣнія Іеринга находится законодательное творчество къ этому общенародному творчеству права?

Законодательная дѣятельность и ея значеніе признается Іерингомъ, и по этому вопросу мы находимъ у него полемику съ исторической школой и противопоставленіе своихъ воззрѣній воззрѣніямъ этой послѣдней [3]).

Но если мы примемъ во вниманіе указанное выше различіе между самостоятельной, творческой функціей законодательства и его служебной функціей, помогающей проявленію и утвержденію права, возникшаго инымъ путемъ, то окажется, что Іерингъ въ тѣхъ своихъ воззрѣніяхъ на правообразованіе, которыя нами только

---

[1]) Борьба за право, стр. 7.
[2]) Zweck im Recht, Bd. I, стр. 320 (3 изд.).
[3]) Geist, Bd. II. 2, § 25.

что изложены, имѣетъ въ виду не творческую, а именно служебную функцію законодательства. Въ «Духѣ римскаго права», говоря о преимуществахъ законовъ передъ обычнымъ правомъ, онъ указываетъ на то, что законъ придаетъ праву большую опредѣленность и твердость и уничтожаетъ всѣ тѣ техническіе деффекты, которые неизбѣжно свойственны праву обычному [1]). Въ «Борьбѣ за право» онъ говоритъ о законѣ, какъ о единственномъ факторѣ, способномъ «удалить плотину, мѣшающую потоку принять иное направленіе» [2]). Но въ этихъ утвержденіяхъ нѣтъ ничего такого, что уже исторической школой не признавалось и не высказывалось. О технической функціи закона, какъ мы выше видѣли, говорилъ и Савиньи.

Пухта въ одномъ изъ своихъ сочиненій опредѣленно указываетъ, что государственная власть должна, во-первыхъ, узнать общую волю, во-вторыхъ, осуществить ее. Вся разница въ различномъ пониманіи права. У Савиньи это общенародное убѣжденіе—у Іеринга интересы сильныхъ.

Вопросъ о значеніи и роли творческой функціи законодательства Іерингомъ не разбирается, такъ что прямо онъ въ отрицательномъ смыслѣ не разрѣшается. Но въ связи съ общими воззрѣніями Іеринга и его практическимъ ученіемъ можно утверждать, что эта функція законодательства съ его воззрѣніями не вязалась.

Теорія Іеринга есть продуктъ, какъ это уже указано, общественной реакціи, которая какъ разъ характеризуется отсутствіемъ широкихъ реформаціонныхъ

[1]) Ibidem.

[2]) Борьба за право, стр. 7.

стремленій. Именно эти стремленія обычно вызываютъ къ жизни идею законодательнаго творчества. Теорія Іеринга принадлежитъ къ типу практическо-догматическаго направленія. Неудовлетворительность дѣйствующаго права, какъ указано нами выше, не приводитъ здѣсь къ реформаціоннымъ стремленіямъ, а толкаетъ на путь исправленія права свободнымъ перетолковываніемъ источниковъ, вслѣдствіе чего къ законодательному творчеству и вопросамъ, съ нимъ связаннымъ, должно быть отрицательное, или, въ лучшемъ случаѣ, совершенно безразличное отношеніе.

Практическими ученіями Іеринга были не предложенія принципіальныхъ законодательныхъ реформъ, что, напримѣръ, какъ разъ болѣе всего занимало представителей школы естественнаго права, а энергичная пропаганда особаго практическаго метода въ юриспруденціи. Сущность этого практическаго метода, который стоитъ у Іеринга въ непосредственной связи со взглядами на происхожденіе права, яко бы создаваемомъ людьми для своихъ временныхъ измѣнчивыхъ нуждъ,— заключается въ походѣ противъ строгаго господства нормъ положительнаго права, противъ логики и формализма юридическихъ понятій. Человѣческіе интересы и потребности создавали право и они же должны господствовать надъ правомъ при его примѣненіи, быть руководящимъ началомъ надлежащаго толкованія права.

Это положеніе вопроса о законодательномъ творчествѣ въ ученіяхъ практическо-догматической школы впервые особенно отчетливо и глубоко отмѣчается проф. Петражицкимъ. «Лозунги модной школы», говоритъ онъ въ одномъ изъ своихъ сочиненій, «ведутъ къ апатіи въ области политики права, въ частности воз-

буждаютъ ложное представленіе, будто для развитія гражданскаго права не требуется законодательной реформы его, вообще законодательной дѣятельности..., а достаточно перетолковыванія дѣйствующаго права сообразно съ появляющимися новыми интересами, «достойными защиты». «Такова въ существѣ дѣла была программа всѣхъ практическихъ школъ въ прошлыхъ вѣкахъ юриспруденціи (говоритъ онъ дальше на той же страницѣ), такова же и модная программа Іеринга «durch das römisches Recht und über dasselbe hinaus». Поэтому мы считаемъ вовсе не случайностью, что практическая школа проспала, такъ сказать, вопросъ о кодификаціи, забыла о его существованіи и была застигнута врасплохъ, внезапно и непріятно пробуждена лишь появленіемъ проекта новаго уложенія» [1]). Въ томъ же сочиненіи автора мы находимъ и объясненіе въ связи съ этимъ явленіемъ основныхъ особенностей ученія Іеринга: «Практическія стремленія здѣсь, за неимѣніемъ или неудовлетворительностью легальнаго пути, ищутъ нелегальнаго исхода. Соотвѣтственныя научныя стремленія, за отсутствіемъ самостоятельной дѣйствительно научной дисциплины (науки законодательства [2]), находятъ не научный исходъ, загрязняя другую науку (догму права [2]) посторонней и нездоровой примѣсью» [3]).

Сравнивая изложенныя теоретическія воззрѣнія Іеринга на правообразованіе съ воззрѣніями исторической школы, мы не можемъ признать ихъ значительнымъ

---

[1]) Проф. Петражицкій, Вопа fides въ гражданск. правѣ», изд. 1-е (1897 г.) стр. 401—402 (Прилож. Модные лозунги юриспруденціи).

[2]) Вставлено нами изъ другихъ мѣстъ.

[3]) Ibidem, стр. 416.

шагомъ впередъ и въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ вполнѣ соглашаемся съ оцѣнкой ихъ проф. Петражицкаго, прямо объявляющаго нѣкоторыя положенія Іеринга регрессомъ въ юриспруденціи. Своими исправленіями теоріи исторической школы, новая теорія впадала въ другую крайность, еще худшую.

Прежде всего, изъ изложеннаго ученія Іеринга, ясно, что оно ничуть не приближаетъ насъ къ разрѣшенію вопроса—возможно ли творческое законодательство при признаніи закономѣрной правообразующей силы, дѣйствующей съ необходимостью внѣ законодателя, и какъ именно оно возможво. Мы совершенно несогласны съ тѣмъ, довольно распространеннымъ, мнѣніемъ, будто заслуга Іеринга заключается именно въ разрѣшеніи этого вопроса, будто именно въ этомъ его теорія была шагомъ впередъ въ наукѣ. Теорія Іеринга не представляетъ здѣсь прогресса по отношенію къ исторической школѣ. «Какъ ни разнилось ученіе Іеринга отъ ученія его предшественниковъ, оно все-таки было не болѣе, какъ новымъ выраженіемъ историзма въ правовѣдѣніи. Устранивъ многія ошибки и непослѣдовательности прежнихъ ученыхъ, — Гуго, Савиньи и Пухты-Іерингъ не могъ избѣгнуть всѣхъ тѣхъ недостатковъ, которые по необходимости присущи одностороннему историческому пониманію развитія права» [1]).

Признаніе рѣшающимъ факторомъ въ процессѣ правообразованія сознательнаго проведенія интересовъ и борьбы за нихъ, т. е. усиленной дѣятельности отдѣльныхъ представителей общества, устраняетъ воз-

---

1) Кн. Е. Н. Трубецкой, Лекціи по энциклопедіи права, стр. 76.

можность законодательнаго творчества, и на долю законодателя выпадаетъ не самостоятельная роль, могущая быть противопоставленной основному правообразующему фактору, а служебная функція по отношенію къ этому послѣднему и покорное слѣдованіе за нимъ.

Всякій законъ имѣетъ цѣлью защиту какого-либо интереса. Вопросъ же о томъ, какіе интересы подлежатъ защитѣ, а какіе нѣтъ—разрѣшается не свободнымъ усмотрѣніемъ законодателя, а борьбой и соотношеніемъ борющихся силъ.

Далѣе, въ «новомъ» пониманіи закономѣрно дѣйствующаго фактора правообразованія, предложенномъ Іерингомъ, мы видимъ не только не шагъ впередъ, а несомнѣнный шагъ назадъ въ сравненіи съ исторической школой. Во всякомъ случаѣ, органическая теорія исторической школы ближе къ истинѣ, чѣмъ объясненіе происхожденія нормъ сознательными цѣлями и усиліями, сознательно направленными на защиту интересовъ. Такое объясненіе, кромѣ того, совсѣмъ не является новостью въ исторіи человѣческой мысли, и нельзя не согласиться съ проф. Петражицкимъ, видящимъ въ этихъ ученіяхъ Іеринга возвратъ къ ученіямъ греческихъ софистовъ [1]). Въ другомъ мѣстѣ проф. Петражицкій по поводу этаго ученія справедливо замѣчаетъ, что «объясненіе возникновенія институтовъ собственности, владѣнія и т. п. цѣлью этихъ институтовъ такъ же не состоятельно, какъ и цѣлевое объясненіе строенія человѣческаго организма, напримѣръ, наличности и устройства глазъ, ушей и т. п. указаніемъ на то, что они

---

[1]) Проф. Л. І. Петражицкій, Теорія права, стр. 646—647 (изд. 1907 г.).

даны людямъ для цѣлей видѣнія и слышанія... и какъ объясненіе существованія луны тѣмъ, что она имѣетъ цѣлью замѣнять ночью фонари [1]).

По мнѣнію Муромцева [2]), ученіе Іеринга соединяетъ вмѣстѣ вѣрный элементъ обоихъ ученій—естественнаго права и исторической школы и отбрасываетъ ихъ ложные элементы. Дѣйствительно, воззрѣніе Іеринга очень приближается къ теоріи произвольнаго установленія права философовъ XVIII вѣка. Подъ положеніемъ Іеринга, что право создается людьми для ихъ временныхъ, измѣнчивыхъ нуждъ, могли бы подписаться наиболѣе крайніе изъ нихъ. Но только у представителей естественнаго права это воззрѣніе касалось установленія положительнаго права. Далѣе, они смотрѣли на такое образованіе права, какъ на случайное и ненормальное явленіе, которое главнымъ образомъ и толкало ихъ на мысль о естественномъ правѣ, объ идеальныхъ нормахъ совершеннаго происхожденія. Такое сочетаніе представленій было результатомъ отсутствія историческаго пониманія права у школы естественнаго права. Іерингъ только этотъ пунктъ, въ связи съ упрочившейся въ наукѣ идеей исторической закономѣрности, и исправилъ. Установленіе права людьми для своихъ временныхъ и измѣнчивыхъ нуждъ является у него не случайнымъ явленіемъ, а необходимой, закономѣрно проявляющейся силой, двигающей во всѣ времена развитіемъ права. Съ этой точки зрѣнія неизбѣжно отрицательное отношеніе къ тому, что именно составляетъ сокровенную сущность школы естественнаго права и ея великую заслугу предъ человѣчествомъ.

---

[1]) L. Petrażycki, Die Lehre vom Einkommen, Bd. II, стр. 584.
[2]) С. А. Муромцевъ, l. c. § 11.

Признавая указанный порядокъ образованія права нормальнымъ, Іерингъ полагаетъ, что дѣятельность юриспруденціи и законодательства должна имѣть своею основною цѣлью не исканіе какого-то болѣе совершеннаго права, а дальнѣйшее дѣйствованіе въ духѣ описаннаго образованія права. Отсюда именно указанная проповѣдь свободнаго отношенія къ источникамъ, перетолковываніе права въ связи съ практическими потребностями и интересами той или иной стороны и походъ противъ юридической логики.

Приведенная оцѣнка теоріи Іеринга идетъ въ разрѣзъ съ довольно распространеннымъ взглядомъ на эту теорію, какъ на переходную ступень между исторической школой и современнымъ направленіемъ въ пользу возрожденія естественнаго права. Такой взглядъ мы имѣемъ въ приведенномъ выше мнѣніи Муромцева, что въ теоріи Іеринга объединяются естественно-правовое и историческое направленіе, казавшіяся въ началѣ XIX в. непримиримыми. То же утверждаетъ и Новгородцевъ «Телеологическая теорія Іеринга необходимо должна была воскресить извѣстные элементы философіи XVIII вѣка, отрицаніе которой послужило исходной точкой для Савиньи. Признаніе личнаго творчества, чутье универсальныхъ началъ, философскіе интересы и прогрессивныя стремленія, все это сближало Іеринга со старымъ ученіемъ естественнаго права. Однако, всѣ элементы старой философіи вставляются Іѣрингомъ въ рамки историческаго созерцанія и вслѣдствіе этого лишаются своей прямолинейной отвлеченности. Личное творчество получаетъ у него значеніе необходимаго фактора исторіи, не отрицающаго, а направляющаго ея теченіе сообразно съ условіями

общей закономѣрности; прогрессивныя стремленія находятъ опору въ пониманіи реальныхъ процессовъ, чрезъ которые совершается образованіе права» [1]).

Если принять во вниманіе тѣ задачи, разрѣшеніе которыхъ Новгородцевъ считаетъ необходимымъ для успѣшнаго развитія и плодотворнаго вліянія новаго естественнаго права [2]), то становится очевиднымъ, что за теоріей Іеринга онъ признаетъ большія заслуги именно въ этомъ направленіи и считаетъ ее какъ бы предшественникомъ и провозвѣстникомъ новаго направленія.

Рѣзко противоположный этому взглядъ мы находимъ у проф. Петражицкаго. Предположеніе, будто предшественникомъ гражданской политики является не наука естественнаго права, а практическо-догматическая школа «я отвергаю по существу,—говоритъ онъ, — и считаю вреднымъ заблужденіемъ, компрометирующимъ самую идею гражданской политики особенно въ виду извѣстныхъ принциповъ и тенденцій, свойственныхъ теперешней модной юриспруденціи подъ вліяніемъ сочиненій Іеринга. Я, наоборотъ, думаю, что сочиненія Іеринга и друг. въ томъ же духѣ, вмѣсто приготовленія почвы для гражданской политики и углубленія пониманія, скорѣе способствовали обратному [3]).

По соображеніямъ, изложеннымъ при оцѣнкѣ теоріи Іеринга, мы не можемъ не присоединиться всецѣло къ этому второму мнѣнію. Вышеприведенное мнѣніе Новгородцева необходимо признать покоящимся на существенныхъ недоразумѣніяхъ.

---

[1]) П. И. Новгородцевъ, Историч. шк. юр., стр. 161.

[2]) Ср. указанную выше статью Новгородцева въ «Пробл. идеализма».

[3]) Л. І. Петражицкій, Предисловіе и введеніе въ науку политики права, Кіевск. Унив. Изв. 1896 г. X, стр. CXXIX.

Прежде всего, только вслѣдствіе недостаточной опредѣленности понятій личнаго вліянія и личнаго творчества въ процессѣ развитія права, возможно смѣшеніе идеи законодательнаго творчества, выдвинутаго новымъ направленіемъ съ идеей сознательнаго творчества, какъ ее понимаетъ Іеринг ъ. Недоразумѣніемъ необходимо признать и отождествленіе прогрессивныхъ стремленій послѣдователей естественнаго права съ практическимъ ученіемъ Іеринга. Изъ изложеннаго выше видно, насколько это принципіально различныя вещи.

Неправильная оцѣнка Іерингов ской теоріи правообразованія со стороны Новгородцева, вполнѣ правильно признающаго первой задачей научное изученіе реальныхъ историческихъ силъ, дабы руководить ими соотвѣтственно нашимъ цѣлямъ, обусловливается отсутствіемъ до сихъ поръ надлежаще разработанной теоріи права вообще. Самъ Новгородцевъ не углублялся въ этотъ вопросъ, ограничиваясь принципіальнымъ признаніемъ его важности, а потому и не замѣтилъ, что теорія Іеринга была не шагомъ впередъ, а шагомъ назадъ въ сравненіи съ исторической школой.

ГЛАВА IV.

Р. Штаммлеръ.

Несмотря на коренное различіе, которое обнаруживается въ изложенныхъ нами ученіяхъ представителей двухъ господствовавшихъ въ теченіе всего почти XIX вѣка школъ—исторической и практической, имъ свойственна одна общая, характерная для нихъ обоихъ, черта. Эта общая ихъ черта проявляется въ отношеніи обѣихъ этихъ школъ къ вопросу о законодательномъ творчествѣ.

Идея законодательнаго творчества была лозунгомъ философской юриспруденціи XVIII вѣка и практической программой соціальныхъ движеній этой эпохи. Ложныя и наивныя предпосылки этого лозунга, въ частности неправильная мысль о произвольномъ установленіи положительнаго права и вѣра во всемогущество разума и его творческую силу разбились и потерпѣли крушеніе при столкновеніи съ дѣйствительностью. Оказалось, что есть такія, независящія отъ произвола человѣческаго, силы, о существованіи коихъ не подозрѣвали, и игнорированіе которыхъ въ дальнѣйшемъ было уже невозможно. Изученіе этихъ силъ сдѣлалось центральнымъ пунктомъ научнаго движенія XIX вѣка [1]). Каза-

[1]) Этому же посвящаетъ свои силы и вновь возникшая наука соціологія, оказавшая нѣкоторое вліяніе на юриспруденцію. Ср. выраж. Муромцева «соціологическое направленіе въ юриспруденціи».

лось бы, что изученіе закономѣрно дѣйствующихъ силъ, двигающихъ развитіемъ общественныхъ явленій (въ частности права), впервые послѣ того, какъ ихъ наличность была констатирована въ ихъ противодѣйствіи идеалистическимъ стремленіямъ человѣка, должно было имѣть въ виду познаніе этихъ силъ, съ цѣлью ихъ использованія для успѣшнаго осуществленія этихъ стремленій.

Но первоначальное изученіе привело къ инымъ результатамъ. Все вниманіе сосредоточилось на открытіи и изученіи этихъ силъ, значеніе этихъ силъ было значительно преувеличено и идея законодательнаго творчества исчезла изъ научныхъ изслѣдованій подъ вліяніемъ или прямого отрицанія ея возможности, или въ результатѣ рѣшительнаго ея игнорированія. Въ этомъ пунктѣ объединяются теоріи Савиньи и Іеринга. Мы видимъ, что разными путями они приходятъ къ одному и тому же результату. Воззрѣнія Савиньи совершенно исключаютъ возможность законодательнаго творчества, такъ какъ всякія измѣненія права, съ его точки зрѣнія, могутъ происходить только подъ дѣйствіемъ внутреннихъ органическихъ силъ, совершенно независящихъ отъ человѣка. Съ точки зрѣнія Іеринга, измѣненія права происходятъ не органически, а дѣятельностью людей, но эта дѣятельность подчинена особымъ неуклоннымъ законамъ и направляется по своеобразному пути, исключающему законодательное творчество.

Отрицаніе законодательнаго творчества неизбѣжно влекло за собой и отрицаніе тѣхъ возвышенныхъ цѣлей и широкихъ идеаловъ, во имя коихъ законодательное творчество призывалось.

Господство исторической и практической школъ въ

юриспруденціи, продолжавшееся до самаго конца XIX вѣка, должно было, какъ мы видѣли, сойти, въ концѣ концовъ, со сцены и уступить мѣсто другому направленію. Обусловливалось это слѣдующими обстоятельствами. Давая такія теоріи реальнаго процесса правообразованія, которыя вовсе исключаютъ творческое законодательное вліяніе, историческая и практическая школы впадали въ односторонность и становились въ противорѣчіе съ несомнѣнными фактами дѣйствительности. Эти факты дѣйствительности особенно ярко дали о себѣ знать въ концѣ XIX вѣка. Мы имѣемъ въ виду такой крупный актъ законодательнаго творчества, какъ созданіе въ Германіи новаго гражданскаго уложенія. Этотъ-то фактъ и нанесъ главный ударъ основному воззрѣнію господствовавшихъ теорій. «Духъ созиданія и творчества, который повѣялъ въ нѣмецкой юриспруденціи при подготовкѣ новаго гражданскаго уложенія, невольно отразился на пониманіи задачъ науки. Старыя рамки исторической школы оказываются узкими, требуются новые пути и пріемы» [1]).

На ряду съ этимъ фактомъ рѣшающее вліяніе имѣло еще одно обстоятельство.

Выше мы уже указывали на ту основную причину, которой объясняется общая черта господствовавшихъ ученій. Не въ теоретическихъ заблужденіяхъ слѣдуетъ ее искать, ибо сами теоретическія воззрѣнія являются вторичнымъ моментомъ, и не въ индивидуальностяхъ создателей этихъ ученій, а въ томъ общественномъ настроеніи, которое господствовало въ теченіе всего почти XIX вѣка.

---

[1]) П. И. Новгородцевъ, указан. ст. въ «Проблем. идеализ.», стр. 249.

Идеи и идеалы, воодушевлявшіе школу естественнаго права, были вытѣснены общественной реакціей и это обстоятельство неизбѣжно должно было придать ученіямъ господствовавшихъ школъ указанный характеръ отрицательнаго отношенія къ законодательному творчеству, рѣзко отдѣливши ихъ отъ ученій естественнаго права. Эту причину особенно отчетливо отмѣчаетъ въ своихъ трудахъ проф. Петражицкій [1]).

Въ концѣ XIX вѣка въ общественномъ настроеніи замѣчается несомнѣнный поворотъ къ возрожденію идеалистическаго настроенія. Житейско-практическіе, матеріалистическіе и позитивистическіе лозунги теряютъ свой авторитетъ, и противъ нихъ раздаются энергичные протесты, сначала единичные, но вскорѣ превращающіеся въ серьезное движеніе общественной мысли.

Созданіе и творчество, закипѣвшее въ законодательной дѣятельности, съ одной стороны, и это возрожденіе идеалистическихъ стремленій, съ другой стороны, были двумя основными моментами, изъ которыхъ объясняется характеръ новыхъ ученій конца XIX и начала XX вѣка по интересующимъ насъ здѣсь вопросамъ.

Вопросъ о возможности законодательнаго творчества уже не вызываетъ сомнѣній. Постановка такого вопроса принимаетъ такой же опредѣленный и принципіальный характеръ, какой придавала ему школа естественнаго права. Имѣется въ виду не такая или иная служебная функція законодательства въ области правовой техники и не помощь законодателя выявленію помимо него развивающагося права, путемъ приданія

---

[1]) См. указ. выше «Предисловіе и введеніе въ науку полит. пр.» стр. XXXXII и слѣд. Bona fides, прилож. «Модные лозунги юриспруд.», стр. 419—420, а также и другія указан. соч.

этому праву государственнаго авторитета и защиты его государственной силой. Задачу законодательства видятъ въ созданіи новой системы права, которая облегчила бы соціальныя бѣдствія, способствовала разрѣшенію «соціальнаго вопроса», и несла съ собой не защиту одержавшихъ верхъ въ жизненной борьбѣ эгоистическихъ интересовъ, а осуществленіе высокаго идеала. Въ этомъ отношеніи новѣйшее теченіе принципіально расходится съ господствовавшими до него теченіями и объявляетъ себя солидарнымъ со школой естественнаго права. Но эта солидарность не идетъ дальше общности въ исходномъ пунктѣ. Представители новаго теченія не слѣдуютъ въ дальнѣйшемъ прежнимъ ошибкамъ, не бросаются къ безпочвенной и абстрактной творческой дѣятельности, а обращаются къ продолженію той работы, которая занимала ихъ ближайшихъ предшественниковъ,— къ изученію реальныхъ процессовъ правообразованія. Измѣненіе, происшедшее подъ вліяніемъ указанныхъ обстоятельствъ въ исходныхъ точкахъ зрѣнія, должно было, разумѣется, внести много новаго въ изученіе этихъ процессовъ. Исходя изъ наличности законодательнаго вліянія, нужно было объяснить его дѣйствіе. Идеалистическія стремленія побуждали къ открытію средствъ для ихъ осуществленія.

Необходимость разрѣшенія этихъ вопросовъ признается и ставится во главу угла единодушно всѣми почти сторонниками новаго теченія. Но далѣе принципіальной постановки у большинства изъ нихъ дѣло не идетъ. Гораздо больше вниманія отводится представителями новаго теченія вопросу объ идеалѣ, о томъ, каково должно быть то право, которое должно, въ качествѣ болѣе совершеннаго, замѣнить устарѣвшее.

Въ самой постановкѣ этого вопроса коренится аналогія съ прежнимъ естественнымъ правомъ. Отсутствуя въ исторической и практической школахъ, этотъ вопросъ становится неотъемлемой частью новыхъ ученій. Но содержаніе представленій о совершенномъ правѣ новѣйшаго времени далеко не аналогично воззрѣніямъ естественно-правовой школы. Это не система нормъ права, выведеннаго изъ разума, а лишь нѣкоторый критерій для правильной оцѣнки предполагаемыхъ нормъ, который одни усматриваютъ въ нравственномъ чувствѣ [1]), другіе въ нѣкоторомъ формальномъ соціальномъ идеалѣ [2]).

Что касается до теорій правообразованія, возникшихъ подъ вліяніемъ новыхъ задачъ на смѣну теоріямъ прежнихъ школъ, то тутъ прежде всего необходимо указать на психологическую теорію проф. Петражицкаго, являющуюся полнымъ переворотомъ въ юриспруденціи и началомъ новаго періода, впервые проникнутаго духомъ истинной научности. Эта теорія даетъ исчерпывающее разрѣшеніе вопросу, первоначальную постановку и первыя попытки разрѣшенія коего мы прослѣдили выше. Эта теорія является, впрочемъ, и единственной, ибо, какъ мы указали, у большинства представителей новаго естественнаго права дѣло не идетъ далѣе программной постановки этихъ вопросовъ. Исключеніе составляетъ теорія Штаммлера, стоящая, впрочемъ, въ нѣкоторой связи и подъ нѣкоторымъ вліяніемъ теоріи Петражицкаго.

Главные труды Штаммлера, появившіеся послѣ нѣмецкихъ трудовъ проф. Петражицкаго, содержавшихъ

---

[1]) Новгородцевъ, l. c. Также его, Кантъ и Гегель въ ихъ ученіяхъ о правѣ и государствѣ.

[2]) Петражицкій, l. c. Также Штаммлеръ, указ соч.

уже основныя положенія его теоріи, обнаруживаютъ несомнѣнное вліяніе этихъ послѣднихъ, сводящееся къ прямому заимствованію нѣкоторыхъ тезисовъ. Но Штаммлеръ не пошелъ далѣе за психологической теоріей права. Въ частности его теорія правообразованія и примиреніе въ ней закономѣрной необходимости и законодательнаго творчества не обнаруживаютъ вліянія психологической теоріи, что, какъ увидимъ, главнымъ образомъ и обусловливаетъ ихъ основныя заблужденія.

Прежде чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію психологической теоріи и къ разрѣшенію нашей проблемы, мы остановимся на воззрѣніяхъ Штаммлера.

Главный тезисъ Штаммлера, совпадающій съ требованіемъ, выставленнымъ проф. Петражицкимъ въ его нѣмецкихъ трудахъ, заключается въ томъ, что онъ признаетъ необходимымъ созданіе особой дисциплины, исполняющей тѣ же функціи, которыя прежде исполняли ученія естественнаго права. Эта дисциплина, центральнымъ вопросомъ которой является не то, каково право въ дѣйствительности, а то каковымъ оно должно быть, имѣетъ въ виду руководить законодательной дѣятельностью и давать законодателю свои обоснованныя указанія. Въ этомъ тезисѣ у Штаммлера ясно выступаетъ идея законодательнаго творчества. Законодатель противостоитъ реальному процессу правообразованія, какъ самостоятельный факторъ, и своей дѣятельностью осуществляетъ не что-либо заимствованное изъ этого процесса, а самостоятельный идеалъ, въ своемъ источникѣ не выводимый изъ явленій внѣшняго міра и не могущій быть обоснованнымъ при ихъ помощи.

Въ непосредственной связи съ обоснованіемъ право-

мѣрности этой идеи стоитъ и теорія правообразованія Штаммлера. Онъ отправляется при этомъ отъ критики тѣхъ теорій правообразованія, которыя такую идею исключаютъ. Въ своемъ первоначальномъ трудѣ «Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie» онъ критикуетъ съ этой точки зрѣнія ученія исторической школы юристовъ, въ позднѣйшемъ объемистомъ сочиненіи «Хозяйство и право»—теорію историческаго матеріализма. Общимъ въ этихъ двухъ теоріяхъ пунктомъ является ихъ взглядъ на историческій процессъ, какъ на процессъ, цѣликомъ подчиняющійся необходимой внутренней закономѣрности. Такой взглядъ, по мнѣнію Штаммлера, исключаетъ всякую возможность законодательнаго творчества. Онъ прямо обвиняетъ въ безъисходномъ самопротиворѣчіи тѣхъ сторонниковъ экономическаго матеріализма, которые говорятъ о какихъ бы то ни было цѣляхъ, къ которымъ нужно стремиться въ области соціальныхъ преобразованій и образовываютъ во имя этихъ цѣлей политическія партіи [1]).

Сущность его собственной теоріи, которую онъ противопоставляетъ критикуемымъ, состоитъ въ слѣдующемъ. Право, подъ которымъ Штаммлеръ понимаетъ внѣшнее регулированіе человѣческихъ отношеній и которое фигурируетъ у него еще подъ неопредѣленнымъ терминомъ формы соціальной жизни, оказываетъ опредѣленное воздѣйствіе на подчиненныхъ ему индивидовъ, побуждая ихъ разными способами къ опредѣленному поведенію [2]).

Поведеніе людей, опредѣляемое даннымъ правовымъ строемъ, есть конкретное осуществленіе соціальной

[1]) Штаммлеръ, Хозяйство и право, § 77 (изд. 2-е русс. пер. 1907 г.).
[2]) Ibidem, §§ 22—24 и § 40.

жизни (Штаммлеръ называетъ его еще матеріей соціальной жизни), и проявляется во внѣ въ формѣ соціальныхъ феноменовъ. «При конкретномъ осуществленіи соціальной жизни образуются въ видѣ массоваго проявленія правоотношеній соціальные феномены; какъ сочетаніе ихъ, такъ и ихъ классификація носятъ своеобразный характеръ. Накопляясь и развиваясь въ опредѣленномъ направленіи, соціальные феномены вызываютъ измѣненія въ существующей формѣ соціальной жизни, которая является конституирующимъ условіемъ всѣхъ наблюдающихся въ послѣдней явленій. Необходимость правового измѣненія съ генетической точки зрѣнія обнаруживается въ извѣстныхъ представленіяхъ, мнѣніяхъ, желаніяхъ, стремленіяхъ, выростающихъ, въ концѣ концовъ, изъ соціальныхъ феноменовъ» [1]).

Такъ складывается, по мнѣнію Штаммлера, процессъ измѣненія и преобразованія права. Опредѣляющими основаніями правовыхъ измѣненій являются опредѣленныя стремленія людей, направленныя на измѣненіе правового строя. Эти стремленія со строгой необходимостью причинно обусловлены тѣми соціальными феноменами, изъ коихъ они выростаютъ и ни въ коемъ случаѣ не могутъ разсматриваться, какъ внесенныя «откуда-то извнѣ какимъ-то непонятнымъ образомъ», «какъ упавшія на людей съ неба» и т. п. Эту мысль Штаммлеръ настойчиво повторяетъ въ различныхъ мѣстахъ своего сочиненія. Но эти естественно возникающія стремленія не являются еще правомъ и не являются правотворящимъ факторомъ. Они являются лишь моментомъ, приводящимъ этотъ факторъ въ дѣйствіе. Право-

[1]) Ibidem, Bd. I, стр. 342.

творящимъ факторомъ Штаммлеръ признаетъ сознательную человѣческую дѣятельность, направленную на опредѣленную цѣль. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ онъ говоритъ объ этомъ факторѣ болѣе опредѣленно, понимая подъ нимъ законодателя [1]). Такимъ образомъ, указанныя стремленія, мнѣнія, желанія не ведутъ съ необходимостью и непосредственно къ появленію новаго права, а съ необходимостью приводятъ въ дѣйствіе лишь тотъ факторъ, которымъ новое право создается—цѣлесообразную человѣческую дѣятельность. «Для того чтобы осуществить преобразованіе даннаго строя, необходимо, чтобы люди взялись за это дѣло. Созданіе и установленіе права, а, слѣдовательно, и его измѣненіе есть дѣло рукъ человѣческихъ» [2]). Но наличность этого фактора въ процессѣ правообразованія исключаетъ безусловную каузальную необходимость этого процесса. Люди одарены волей и ихъ дѣятельность есть дѣятельность сознательная, во имя опредѣленныхъ цѣлей [3]). Посколько наступленіе правоваго измѣненія обусловливается именно такой цѣлевой дѣятельностью, постолько оно не можетъ быть предсказано съ необходимостью. Законодатель, на котораго воздѣйствуютъ различныя человѣческія стремленія, можетъ выбрать любое изъ нихъ и, слѣдуя ему, преобразовать право. Онъ можетъ при этомъ руководствоваться субъективными соображеніями, на его цѣли можетъ оказывать вліяніе сила того или иного воздѣйствія на него [4]), но его цѣль можетъ имѣть своимъ опредѣляющимъ основаніемъ чистую идею.

---

[1]) Ibidem, Bd. II, стр. 52—53.
[2]) Ibidem, Bd. II, стр. 91.
[3]) Ibidem, стр. 80—81.
[4]) Ibidem, стр. 127.

Указаніемъ на эту свободу отъ безусловной причинной обусловленности правотворящаго фактора Штаммлеръ аргументируетъ, главнымъ образомъ, противъ теорій исторической школы и экономическаго матеріализма. Въ этомъ пунктѣ онъ видитъ обоснованіе возможности законодательнаго творчества. Но Штаммлеръ далѣе полагаетъ, что въ этомъ пунктѣ нѣтъ нарушенія всеобщаго закона причинности, необходимость коего онъ всецѣло принимаетъ вмѣстѣ со своими противниками. На обоснованіи этого онъ останавливается довольно тщательно, при чемъ подражаетъ въ своихъ разсужденіяхъ Канту и пользуется его методомъ постулатовъ. Причинность не есть какое-либо явленіе во внѣ, а лишь идея нашего разума, есть лишь «нѣкоторый способъ разсмотрѣнія явленій». Всеобщность закона причинности выражается въ томъ, что ему подчиняются всѣ явленія внѣшняго міра. Поступки людей, поскольку они уже совершены, законченные результаты дѣятельности человѣческой, также безусловно подлежатъ причинному разсмотрѣнію. Но по отношенію къ поступку еще не совершенному, а только подлежащему осуществленію, осуществить или не осуществить который мы чувствуемъ себя свободными и располагающими выборомъ, причинное разсмотрѣніе и недостаточно и неумѣстно. Здѣсь необходимъ иной формальный способъ разсмотрѣнія—телеологическій [1]).

«Человѣческая мысль, слѣдовательно, знаетъ два высшихъ единства: единство познающаго сознанія и единство поставляющей цѣли воли“ [2]). Отсюда различіе между наукой о цѣляхъ и естественной наукой.

[1]) Ibidem, кн. IV, отд. I. Причинность и телосъ.
[2]) Ibidem, т. II, стр. 27.

«Послѣдняя имѣетъ дѣло съ царствомъ воспріятій... первая касается царства цѣлей» [1]). Законъ причинной связи имѣетъ абсолютное значеніе только въ царствѣ воспріятій. Царство цѣлей есть царство воли. «Воля же, какъ представленіе о подлежащемъ созданію результатѣ, полагаетъ свой объектъ внѣ рамокъ ранѣе познаннаго опыта, внѣ необходимаго ряда причинъ и слѣдствій» [2]). Въ этомъ смыслѣ можно говорить о свободной волѣ. Эта свобода отнюдь не противорѣчитъ закону причинности. «Свободная воля означаетъ для насъ не какую то необъяснимую силу, которая ни чѣмъ не будучи вызвана, врывалась бы въ міръ причинно связанныхъ между собой земныхъ вещей и дѣйствовала бы на подобіе какой то феи внѣ времени и пространства. Свобода въ нашемъ смыслѣ является независимостью не отъ закона причинности, а отъ чисто субъективнаго содержанія поставляемыхъ цѣлей» [3]).

Наличность такой свободы, какъ мы указывали, должна обосновать возможность законодательнаго творчества, указанное же своеобразное пониманіе этой свободы и ея отношенія къ закону причинности выясняютъ, какъ именно Штаммлеръ понимаетъ это творчество. «Заблуждаются тѣ—говоритъ онъ,—кто говоритъ о такой исключительной альтернативѣ для соціальной жизни: или свободное творчество законодателя, или причинно обусловленное развитіе. Я же, напротивъ, утверждаю и заявляю: что по своему особому содержанію всякая соціальная воля и стремленіе эмпирически обусловлены и выростаютъ изъ исторически даннаго

[1]) Ibidem, стр. 48.
[2]) Ibidem, стр. 22.
[3]) Ibidem, стр. 37.

положенія вещей. Но въ этомъ результатѣ историческаго становленія необходимо различать между объективно правомѣрнымъ содержаніемъ и простымъ субъективнымъ желаніемъ [1]). «Преобразованія въ соціальныхъ укладахъ не суть каузально свободное дѣяніе превосходныхъ разумомъ законодателей» [2]). Законодательное творчество сводится къ выбору между наличными соціальными стремленіями однихъ и отверганію другихъ. Однимъ соціальнымъ стремленіямъ законодатель долженъ содѣйствовать и ихъ осуществлять, другимъ противодѣйствовать. «Средствъ для необходимаго улучшенія традиціонныхъ соціальныхъ институтовъ нельзя изобрѣсти свободно въ силу, якобы самостоятельно дѣйствующихъ, идей: ихъ должно брать изъ данныхъ соціальныхъ феноменовъ и возникшихъ отсюда движеній» [3]).

Это пониманіе законодательнаго творчества, значительно отличающееся отъ того, какое было у школы естественнаго права, обусловливаетъ и пониманіе соціальнаго идеала.

Разъ задача законодателя—выбрать изъ наличныхъ стремленій правильное и осуществить его, то рѣчь можетъ итти не о готовой системѣ совершеннаго права, а лишь о критеріи, дѣлающемъ возможнымъ такой выборъ. «Дѣло обстоитъ здѣсь, слѣдовательно, не такъ, что извѣстному эмпирически обусловленному содержанію правовыхъ установленій слѣдуетъ противопоставлять независимое отъ историческаго опыта содержаніе соціальной воли и стремленій; и идеаломъ соціальнымъ

---

[1]) Ibidem, стр. 284.
[2]) Ibid., стр. 267.
[3]) Ibid., стр. 111.

здѣсь не можетъ быть совокупность обладающихъ опредѣленнымъ содержаніемъ вѣчныхъ и неизмѣнныхъ юридическихъ правилъ» [1]).

Фатически критеріемъ могутъ быть разныя субъективныя побужденія, успѣхъ въ борьбѣ и т. п. Но въ противовѣсъ всему этому существуетъ и объективный общезначимый критерій, открытіе и обоснованіе котораго дѣло науки. Установленіе такого критерія составляетъ главную задачу Штаммлера и ему посвящаетъ онъ большую часть своей книги.

Искомый критерій, по его мнѣнію, можетъ заключаться лишь въ нѣкоторой общезначимой цѣли, которая стоитъ передъ соціальнымъ строемъ, ибо идея регулированія всегда несетъ съ собой нѣкоторую подлежащую осуществленію цѣль. Штаммлеръ очень подробно доказываетъ, что верховная цѣль, которой должно служить право, не можетъ имѣть конкретное содержаніе, а должна представлять собой лишь нѣкоторую формальную идею. Такъ приходитъ онъ къ установленію, что безусловная конечная цѣль соціальной жизни, или верховный соціальный идеалъ есть общество «свободно хотящихъ людей», т. е. общество людей, свободныхъ отъ эгоизма, любящихъ [2]). «Идеалъ этотъ представляетъ собой эмпирически не обусловленный масштабъ, который необходимъ для установленія того направленія, въ какомъ долженъ двигаться обнаружи-

---

[1]) Ibid., стр. 268.

[2]) Это разъясненіе самого по себѣ туманнаго понятія—«общество свободно-хотящихъ людей» мы встрѣчаемъ только въ одномъ изъ позднѣйшихъ сочиненій Штаммлера. См. его Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897, стр. 42.

вающійся въ историческомъ опытѣ матеріалъ въ данныхъ или желательныхъ правовыхъ установленіяхъ» [1]).

Итакъ, мы выяснили воззрѣнія Штаммлера на фактическій процессъ правообразованія, въ частности, видѣли въ чемъ онъ усматриваетъ правотворящій факторъ, причины, приводящія его въ движеніе, и тѣ цѣли, на которыя онъ фактически направленъ. Далѣе, мы отмѣтили воззрѣнія Штаммлера относительно того, каковы *должны* быть цѣли правообразованія (практическое ученіе) и намъ остается разсмотрѣть еще вопросъ о средствахъ, которыя Штаммлеръ предлагаетъ для достиженія соціальныхъ цѣлей, признанныхъ объективно правильными. Этому вопросу Штаммлеръ посвящаетъ одинъ изъ параграфовъ послѣдней главы сочиненія.

Такъ какъ дѣятельность законодателя есть различеніе въ рамкахъ эмпирически обусловленнаго содержанія соціальныхъ укладовъ и стремленій такихъ, которые являются объективно-правомѣрными и такихъ, которые обладаютъ лишь субъективнымъ значеніемъ, то тѣ средства, при помощи которыхъ достигаются частныя цѣли «представляютъ собою рядъ возможныхъ выборовъ и конкретнымъ образомъ обусловливаются особенностями даннаго случайнаго историческаго положенія вопроса» [2]).

Примѣненіе такого средства можетъ заключаться лишь въ соотвѣтствующемъ измѣненіи дѣйствующаго права. Для опредѣленія годности его Штаммлеръ справедливо указываетъ на необходимость представить себѣ грядущіе феномены, которые необходимо должны

---

1) Ibidem, стр. 268.
2) Ibidem, стр. 296.

быть вызваны предлагаемымъ измѣненіемъ права «Нужно показать, что эти феномены, насколько можно судить объ этомъ, будутъ соотвѣтствовать идеалу» [1]). Этимъ общимъ указаніемъ, однако, Штаммлеръ и ограничивается и дальнѣйшихъ изслѣдованій мы у него не находимъ.

Переходя теперь къ общей оцѣнкѣ ученія Штаммлера, необходимо, прежде всего, различить въ немъ опредѣленную практическую программу, практическое ученіе о высшихъ цѣляхъ права и опредѣленную теоретическую концепцію, находящуюся съ практическими его требованіями въ тѣсной связи, служа для нихъ опорой и подкрѣпленіемъ. Съ практическимъ ученіемъ Штаммлера, съ его требованіемъ изучать право не только съ точки зрѣнія того, каково оно *есть*, но и съ точки зрѣнія того, какимъ оно *должно* быть, съ его тщательной философской разработкой идеи высшей цѣли, которой должно служить право и съ точки зрѣнія которой оно должно оцѣниваться, нельзя всецѣло не согласиться и нельзя не признать за этимъ ученіемъ безусловной цѣнности и огромнаго значенія. Этимъ ученіемъ Штаммлеръ примыкаетъ къ вышеупомянутому мощному теченію въ пользу возрожденія естественнаго права и становится въ его ряды однимъ изъ убѣжденнѣйшихъ его сторонниковъ.

Правда, онъ не является здѣсь новаторомъ, такъ какъ соотвѣтствующія практическія требованія созданія новой дисциплины и сознательнаго слѣдованія при созданіи права высшему идеалу были до него изло-

[1]) Ibidem, 299. Это положеніе впервые выставлено и подробно разработано проф. Петражицкимъ въ «Lehre vom Einkommen», такъ что этотъ пунктъ въ ученіи Штаммлера необходимо признать не оригинальнымъ, а заимствованнымъ.

жены и ясно формулированы въ нѣмецкихъ трудахъ проф. Петражицкаго, произведшихъ крупную сенсацію въ германскомъ ученомъ мірѣ и оказавшихъ несомнѣнное вліяніе на нѣмецкую юриспруденцію. Но это, разумѣется, ничуть не лишаетъ ихъ огромнаго значенія и не умаляетъ ихъ вліянія на развитіе и укрѣпленіе новаго теченія.

Совсѣмъ иное надо сказать по поводу теоретической концепціи автора. Если бы его разсужденія о правѣ, какъ о служебномъ средствѣ для человѣческихъ цѣлей и какъ о сознательномъ дѣлѣ рукъ человѣческихъ были только практическими лозунгами, т. е. обозначали бы, что право *должно* быть служебнымъ средствомъ для опредѣленныхъ цѣлей, что право *должно* быть сознательнымъ дѣломъ рукъ человѣческихъ, то съ нимъ вполнѣ можно было бы согласиться.

Если бы, далѣе, различеніе двухъ царствъ—свободы и необходимости съ отнесеніемъ одного къ «природѣ», другого къ волѣ и сложныя разсужденія о поступкѣ, подлежащемъ осуществленію—стремились выразить ту мысль, что практическое и теоретическое изученіе предмета имѣетъ совершенно равноправное существованіе и не должны быть смѣшиваемы; въ частности, что практическое изученіе не должно быть отрицаемо или игнорируемо, — то и противъ этого, послѣ нѣкотораго протеста противъ туманной терминологіи, ничего нельзя было возразить. Но дѣло въ томъ, что всѣ эти положенія имѣютъ у Штаммлера, какъ мы это видѣли, въ виду совсѣмъ иное, а именно дать теоретическую концепцію процессовъ правообразованія и примирить каузальную необходимость, которой эти процессы подчиняются, съ возможностью законодательнаго творчества.

Здѣсь мы встрѣчаемся съ цѣлымъ рядомъ заблужденій и несообразностей, сводящихъ на нѣтъ научную цѣнность этихъ построеній.

И, прежде всего, это надо сказать объ основномъ положеніи, формулирующемъ кратко всю сущность процесса правообразованія,—что право есть дѣло рукъ человѣческихъ, есть продуктъ сознательной, преслѣдующей опредѣленныя цѣли, дѣятельности человѣческой. Это положеніе намъ уже знакомо. Мы встрѣчали его у представителей школы естественнаго права, далѣе, оно весьма опредѣленно фигурируетъ у Іеринга и, вообще, это старая идея, неизмѣнно появляющаяся на свѣтъ Божій подъ вліяніемъ опредѣленныхъ условій. Дѣло въ томъ, что человѣческая дѣятельность, дѣйствительно, иногда принимаетъ такое или иное участіе въ созданіи права, временами имѣющее особенно оживленный и бросающійся въ глаза характеръ. На этой именно почвѣ возникаетъ вышеупомянутое убѣжденіе, покоящееся на критически непровѣренныхъ впечатлѣніяхъ и ложныхъ предпосылкахъ. Не малую роль здѣсь играетъ отсутствіе научнаго пониманія права, главнымъ образомъ отождествленіе его съ велѣніями государственной власти. Въ частности, у Штаммлера взглядъ на образованіе права стоитъ въ связи съ тѣмъ, какъ онъ понимаетъ право. Право онъ опредѣляетъ, какъ внѣшнее принудительное правило, регулирующее совмѣстную жизнь людей. Научное уразумѣніе сущности и природы права должно само собой положить конецъ подобнымъ теоріямъ.

Мы видѣли, что у представителей школы естественнаго права указанное воззрѣніе на фактическій процессъ правообразованія, какъ дѣло рукъ человѣческихъ

способствовало развитію и укрѣпленію идеи законодательнаго творчества. Правда, они въ этомъ процессѣ не видѣли никакой закономѣрной необходимости и считали его случайнымъ и произвольнымъ, независимымъ отъ какихъ-либо внѣшнихъ силъ, вслѣдствіе чего они и вѣрили въ безграничную творческую силу разума, какъ опредѣляющаго основанія дѣятельности; нужно было только этимъ разумомъ обнаружить истину. У Іеринга дѣятельность людей, сознательно создающихъ право, представляется строго закономѣрной, тѣсно связанной съ опредѣленными историческими условіями. Она движется эгоизмомъ, интересами и соотвѣтственными разсчетами и потому дѣятельность законодателя, по идеальнымъ опредѣляющимъ основаніямъ, не имѣющимъ ничего общаго съ эгоизмомъ или отдѣльными «интересами», исключается и оказывается несовмѣстимой. Штаммлеръ въ этомъ вопросѣ становится на своеобразную позицію. Онъ далекъ отъ мысли естественно-правовой школы о произвольномъ установленіи права и, прежде всего, самымъ тщательнымъ образомъ настаиваетъ на безусловной причинной обусловленности дѣятельности законодателя опредѣленными эмпирическими стремленіями людей, которыя всегда направлены на достиженія удовольствія и избѣжанія страданія и въ свою очередь обусловлены всей совокупностью историческихъ условій. Но такой взглядъ не ведетъ у него къ отрицанію законодательнаго творчества. Наоборотъ, онъ воспринимаетъ эту идею во всей возвышенности у школы естественнаго права. Мы видѣли, какъ онъ примиряетъ это путемъ философскаго обоснованія въ духѣ Канта съ примѣненіемъ, такъ наз., постулятнаго метода. Все это построеніе необходимо признать неудачнымъ и покоящимся на недоразумѣніи.

Прежде всего, даже если признать самую постановку вопроса правильной, то ужъ, во всякомъ случаѣ, нельзя признать вопросъ рѣшеннымъ установленіемъ двухъ различныхъ постулатовъ для царства познанія и царства воли. Нельзя не согласиться съ той основательной и мѣткой критикой, какой подвергаетъ проф. Л. І. Петражицкій самую правомѣрность такого способа разрѣшенія вопросовъ, который въ наукѣ утвердился, какъ довольно распространенное и даже «модное» явленіе. «Этотъ методъ, говоритъ проф. Петражицкій, слѣдуетъ признать ненаучнымъ съ элементарно-логической точки зрѣнія. Нелогично, нелѣпо обосновывать наличность чего-либо тѣмъ, что мы въ немъ нуждаемся» [1]).

Но мы считаемъ и самую постановку неправильной, ибо она покоится, съ одной стороны, на вышеуказанномъ невѣрномъ предположеніи, что всякое право создается людьми, а, съ другой, на ложномъ пониманіи мотивовъ человѣческаго поведенія, якобы исключительно состоящихъ въ стремленіяхъ къ удовольствію и избѣжанію неудовольствія, чѣмъ, по его мнѣнію, и исчерпывается эмпирическій процессъ жизни [2]).

Изъ этого разбора основныхъ воззрѣній Штаммлера самъ собой вытекаетъ выводъ относительно того, въ какой мѣрѣ они могутъ считаться надлежащимъ базисомъ для практическаго осуществленія идеалистическихъ стремленій. Мы видѣли, что задача, стоящая

---

[1]) Проф. Л. І. Петражицкій, Введеніе въ изуч. права и нравственности, стр. 184 (изд. 1907 г.).

[2]) Штаммлеръ, I, с., т. I, стр. 147. Ср. по этому поводу исчерпывающую критику гедонизма у проф. Петражицкаго. Введеніе, эмоціональная психологія, §§ 11—16.

передъ научной юриспруденціей со временъ неудачныхъ опытовъ школы естественнаго права, заключается въ открытіи и познаніи тѣхъ независящихъ отъ человѣческаго произвола и человѣческихъ разсчетовъ реальныхъ процессовъ, которые оказываютъ рѣшающее вліяніе на процессъ правообразованія. Не въ безсознательномъ слѣдованіи этимъ процессамъ и не въ произвольномъ творчествѣ правовыхъ системъ, покоящемся на полномъ игнорированіи этихъ процессовъ, а въ сознательномъ руководительствѣ ими во имя опредѣленнаго идеала должна заключаться практическая дѣятельность законодателя въ области права.

У Штаммлера, подъ несомнѣннымъ вліяніемъ идей проф. Петражицкаго, мы видимъ вполнѣ ясное и правильное представленіе о соціальномъ идеалѣ. Неоднократно повторяетъ онъ и мысль о томъ, что идеалистическія стремленія должны заключаться въ приложеніи этого идеала въ видѣ критерія къ конкретному матеріалу соціальной жизни, а не въ построеніи абсолютно совершенной системы права.

Въ связи съ этой мыслью стоитъ у него идея политики, какъ науки, задачей которой какъ разъ и является установленіе такихъ общихъ принциповъ, которые «въ качествѣ общихъ политическихъ ученій давали бы закономѣрныя указанія»... «прилагали бы къ фиксированному историческому матеріалу общій основной законъ соціальной жизни» [1]).

Но всѣ эти правильныя идеи обречены у Штаммлера на безуспѣшность, ибо осуществленіе ихъ требуетъ, прежде всего, твердаго научнаго базиса, со-

---

[1]) Штаммлеръ, l. c., т. II, стр. 265 и стр. 303.

зданнаго не отвлеченными разсужденіями, а объективнымъ изученіемъ сущаго. Такого базиса мы у нашего автора не находимъ. Его воззрѣнія, по которымъ реальный процессъ правообразованія заключается въ созданіи законодательной властью нормъ ради извѣстной цѣли и по которымъ, далѣе, историческая необходимость этого процесса состоитъ въ неизмѣнной его причинной зависимости отъ эмпирически возникающихъ человѣческихъ стремленій, необходимо признать несостоятельными. Эти воззрѣнія даже не приближаются къ истинѣ и совсѣмъ не затрогиваютъ реальныхъ процессовъ правообразованія, происходящихъ, какъ мы увидимъ дальше, путемъ безсознательнаго приспособленія, во власти котораго всецѣло находятся и тѣ дѣйствія людей, которыя по близорукости принимаются за сознательный творческій факторъ. Въ этихъ воззрѣніяхъ, въ сущности, законодательному творчеству вообще не противополагается реальный, независимый отъ него процессъ правообразованія, который необходимо было бы изучить и имъ руководить, ибо по этой теоріи все право создано законодателемъ. Реальной силой, съ которой, по мнѣнію автора, необходимо считаться при осуществленіи идеала, являются стремленія людей или классовъ, объединяющихъ отдѣльныхъ людей, которыя неразрывно связаны съ опредѣленнымъ соціальнымъ строемъ съ «соціальной матеріей и ея измѣненіями». Игнорированіе этого момента Штамммлеръ считаетъ однимъ изъ основныхъ грѣховъ школы естественнаго права. Въ чемъ конкретно выражается необходимость считаться съ этой реальной силой мы уже знаемъ: дѣятельность законодателя только сводится къ выбору и различенію въ предѣлахъ этого историческаго матеріала.

Что центръ тяжести при образованіи и развитіи права вовсе не въ опредѣленномъ соціальномъ строѣ, не въ «матеріи соціальной жизни» и порождаемыхъ ею стремленіяхъ и что не эти моменты необходимо, прежде всего (вообще то ихъ значенія отрицать нельзя) познать законодателю въ его дѣятельности—вытекаетъ отчасти изъ воззрѣній самого Штаммлера, правда, только проскальзывающихъ у него и до него подробно развитыхъ проф. Петражицкимъ. Мы имѣемъ въ виду положеніе о томъ, что именно право опредѣляетъ собой строй жизненныхъ отношеній, строй соціальнаго хозяйства, матеріи соціальной жизни.

Разъ соціальное хозяйство и вообще соціальные феномены являются вторичнымъ, производнымъ отъ права моментомъ, то нельзя въ нихъ видѣть ту реальную силу, которая съ необходимостью руководитъ развитіемъ права. Становится очевиднымъ, что скрытая сила, отъ которой зависитъ развитіе права и съ которой долженъ считаться законодатель, тщательно сообразуясь съ ней, и пользуясь ею, лежитъ гдѣ-то въ иной области. Повторяемъ, что къ этой области Штаммлеръ не подошелъ. Повторяя развитыя въ «Lehre vom Einkommen» воззрѣнія о мотиваціонномъ и воспитательномъ дѣйствіи права, онъ былъ весьма близокъ къ истинѣ. Но дальше онъ отклонился по иному пути. Сдѣлать надлежащіе выводы изъ принятыхъ положеній мѣшало еще одно очень существенное обстоятельство. Мы имѣемъ въ виду отсутствіе правильнаго пониманія существа права.

ГЛАВА V.

Психологическая теорія Л. І. Петражицкаго.

Два вопроса интересовали насъ въ воззрѣніяхъ юристовъ, нами разобранныхъ. Ихъ попытки опредѣлить и познать сущность объективныхъ, независящихъ отъ законодательнаго произвола, моментовъ въ процессѣ образованія права, съ одной стороны, и, съ другой, ихъ прямые или косвенные выводы о задачахъ и функціяхъ законодательной дѣятельности, о сферѣ и предѣлахъ ея вліянія.

Мы видѣли два основныхъ взгляда на процессъ образованія права. Согласно одному (историческая школа) — этотъ процессъ происходитъ органически, дѣйствіемъ безсознательныхъ силъ, подъ господствомъ которыхъ находятся и всѣ дѣйствія человѣческія, въ томъ числѣ и законодательство. Согласно другому (Іерингъ) — право создается дѣятельностью самихъ людей, дѣйствующихъ сознательно, съ разсчетомъ.

Сущность объективнаго момента, въ смыслѣ независимой отъ человѣческаго произвола силы, съ точки зрѣнія первой теоріи заключается въ особомъ національномъ духѣ, раскрытіе котораго въ общенародномъ убѣжденіи и составляетъ процессъ развитія права. Съ точки зрѣнія второй теоріи объективный моментъ, двигающій

съ необходимостью развитіемъ права, это преслѣдованіе людьми своихъ эгоистическихъ интересовъ, на защиту коихъ съ необходимостью призывается государственная власть.

Мы видѣли, что обѣ эти теоріи сходятся въ своихъ взглядахъ на функціи законодательства, не признавая за нимъ творческой функціи и сводя его значеніе только къ технической помощи надлежащему проявленію права.

Взгляды на процессъ правообразованія Штаммлера стоятъ, въ общемъ, очень близко къ воззрѣніямъ Іеринга и представляютъ лишь незначительныя измѣненія. Здѣсь право также создается людьми ради опредѣленныхъ цѣлей. И людьми здѣсь также руководятъ эмпирически обусловленныя, стоящія въ тѣсной связи съ конкретной обстановкой, эгоистическія стремленія. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ у Штаммлера мы находимъ и близкія къ Іерингу замѣчанія о значеніи борьбы и силы въ процессѣ созданія права [1]). И поэтому для отстоянія творческой функціи законодательства онъ долженъ былъ, какъ мы видѣли, пустить въ ходъ философское обоснованіе въ духѣ Канта о возможности для дѣятельности человѣческой опредѣляться, независимо отъ эмпирической ея обусловленности, нѣкоей, невыводимой изъ опыта, формальной идеей.

Эти воззрѣнія на правообразованіе нами уже разобраны и мы уже указали на тѣ недостатки, которые дѣлаютъ ихъ непріемлемыми. Мы хотимъ теперь указать на нѣкоторый общій источникъ, которому обязаны всѣ эти теоріи своей несостоятельностью. Дѣло въ томъ,

---

1) Штаммлеръ, l. c., т. II, стр. 56, 127, 295.

что вопросъ о правообразованіи и о тѣхъ реальныхъ силахъ, съ которыми приходится считаться законодательной дѣятельности, стремящейся творить новое право, необходимо предполагаетъ опредѣленное научное представленіе о томъ, что, вообще, такое право. Эти два вопроса тѣснѣйшимъ образомъ между собой связаны, такъ что въ основѣ каждой изъ разсмотрѣнныхъ теорій лежитъ своеобразное пониманіе права. Съ точки зрѣнія исторической школы право есть общее убѣжденіе, въ которомъ проявляется народный духъ. Только примѣнительно къ такому пониманію возможна уже знакомая намъ теорія правообразованія исторической школы. Съ точки зрѣнія Іеринга, право есть всегда велѣніе государственной власти, направленное на защиту чьихъ-либо интересовъ. Опять только къ такому пониманію права примѣнима его теорія правообразованія. И то же можно сказать относительно теоріи Штаммлера.

Можно поэтому сказать, что неудачи въ разрѣшеніи вопроса, нами здѣсь разсмотрѣннаго, тождественны съ безплодностью попытокъ найти правильное понятіе права. Правильное уразумѣніе реальныхъ силъ, двигающихъ развитіемъ права, можетъ имѣть мѣсто только при достаточно глубокомъ, истинно-научномъ пониманіи права. И здѣсь можно сказать напередъ, что господствующее пониманіе права со всѣми многочисленными опредѣленіями, которыя оно порождаетъ, по самому существу своему не можетъ привести къ плодотворному результату. Господствующее пониманіе права выростаетъ на почвѣ тѣхъ спеціальныхъ, практическихъ задачъ, которымъ служитъ научная юриспруденція. «Существо и смыслъ ученой

юриспруденціи, какъ особой спеціальной дѣятельности и соотвѣтственной безсознательно удачно приспобляющейся техники, состоятъ въ дополнительной унификаціонной обработкѣ предназначеннаго для унификаціи правовыхъ мнѣній позитивнаго права, въ выработкѣ на почвѣ этого права системы положеній, которая бы въ болѣе совершенной и полной формѣ, чѣмъ само это право, удовлетворяла потребности приведенія къ единству и объективной опредѣленности и безспорности правовыхъ отношеній» [1]).

Опредѣленія права, обусловленныя такими практическими задачами, охватываютъ только тотъ матеріалъ, съ которымъ юриспруденціи главнымъ образомъ приходится имѣть дѣло, т. е. исключительно право позитивное, да и то не всякое, а главнымъ образомъ оффиціальное, если не считать международнаго права [2]).

Въ предѣлахъ практическихъ задачъ юриспруденціи такія опредѣленія вполнѣ естественны. Они, хотя и не вносятъ въ дѣятельность юриспруденціи желательной сознательности, но и не мѣшаютъ особенно достиженію ею необходимыхъ результатовъ. Иное положеніе вещей получается при принципіально гораздо болѣе широкихъ задачахъ и постановкѣ такихъ вопросовъ, которые выходятъ далеко за предѣлы спеціальныхъ потребностей юриспруденціи. Примѣненіе въ такихъ случаяхъ понятія права «въ юридическомъ смыслѣ» сказывается абсолютнымъ препятствіемъ для надлежащаго разрѣшенія такихъ вопросовъ и заранѣе обрекаетъ всѣ попытки на неудачу. Это имѣетъ мѣсто и въ нашей проблемѣ. Вопросъ о творчествѣ новаго

1) Проф. Петражицкій, Теорія права, стр. 216.
2) См. объ этомъ соотвѣтственныя мѣста Теоріи права § 15.

права, о томъ, въ чемъ это творчество можетъ выражаться, въ какой мѣрѣ оно зависитъ отъ законодателя и въ какой мѣрѣ ограничивается чѣмъ-то внѣ его лежащимъ,— требуетъ подлиннаго теоретическаго познанія права, какъ своеобразныхъ явленій реальнаго міра, со всѣми ихъ основными признаками и особенностями. Ничего, кромѣ заблужденій, не могутъ дать попытки разрѣшенія этого вопроса въ рамкахъ существующихъ понятій о правѣ. Въ новѣйшее время, когда особенно усилилось вниманіе къ принципіальнымъ вопросамъ, связаннымъ съ законодательствомъ, это обстоятельство сдѣлалось особенно чувствительнымъ и очевиднымъ.

Программныя требованія, выставленныя проф. Петражицкимъ въ связи съ обсужденіемъ германскаго проекта, указали, наконецъ, на основной недостатокъ и намѣтили истинный путь. Но зерна истинной теоріи права, которыя тамъ были заложены, не могли сокрушить еще старыхъ заблужденій. Такъ Штаммлеръ, какъ мы видѣли, воспринимая всѣ программныя требованія и основныя идеи, становится, въ концѣ концовъ, на традиціонную точку зрѣнія въ пониманіи права и тѣмъ лишаетъ свои основныя положенія надлежащей научности.

Заслуга послѣдовательнаго развитія основныхъ идей, высказанныхъ проф. Петражицкимъ по поводу германскаго проекта, принадлежитъ ему самому. Эти идеи привели его къ созданію стройной и въ подробностяхъ разработанной теоріи права, окончательно порывающей съ господствующими опредѣленіями права и впервые становящейся на строго научную точку зрѣнія, независимую отъ юридической практики и профессіональныхъ привычекъ.

Причину полной неудачи всѣхъ существующихъ

опредѣленій права эта теорія видитъ въ томъ, что отъ юристовъ до сихъ поръ скрывалось самое существо правовыхъ явленій, то, что составляетъ ихъ первооснову и подлинную реальность. Въ своихъ опредѣленіяхъ права юристы обращаются упорно къ такимъ признакамъ и такимъ явленіямъ, которые суть лишь болѣе или менѣе отдаленныя послѣдствія истинныхъ правовыхъ явленій, или даже только своеобразныя отраженія этихъ послѣднихъ, ошибочно принимаемыя за нѣчто реальное.

Всѣмъ такимъ теоріямъ противопоставляется основное положеніе, что право не есть ни нѣкоторая мистическая воля, ни, тѣмъ болѣе, нѣчто принадлежащее къ міру матеріальному, а представляетъ собой явленіе нашего внутренняго духовнаго міра и есть особое психическое переживаніе сложнаго состава. Это—всегда представленіе опредѣленнаго поведенія, сочетающееся со своеобразными моторными раздраженіями, эмоціями (импульсіями), характеризуемыми нами, какъ эмоціи долга. Эмоціи эти [1]), на ряду со свойственными, вообще, этому классу психическихъ явленій характерными чертами (ихъ двойственный, пассивно-активный, претерпѣвательно-моторный характеръ), въ правѣ представляютъ еще ту особенность, что переживаются какъ нѣкоторая обязанность одного субъекта, закрѣпленная за другимъ, какъ нѣчто ему безусловно причитающееся, съ высшимъ авторитетомъ предоставленное, независимо отъ желанія или нежеланія обязаннаго субъекта.

---

[1]) Открытіе и описаніе этой категоріи душевныхъ переживаній, неизвѣстной современной психологіи, принадлежитъ проф. Петражицкому. См. «Введеніе въ изученіе права и нравственности» ч. II, эмоціональная психологія.

Именно эти психическія переживанія составляютъ подлинную реальность во всѣхъ явленіяхъ права, все же остальное, что въ этихъ явленіяхъ еще наблюдается, оказывается производнымъ отъ этихъ психическихъ переживаній, и можетъ быть понято только въ связи съ ними. Многое изъ того, что юристами принимается за единственно реальное и за подлинную сущность права, въ дѣйствительности вовсе не существуетъ, такъ что, создавая и разрабатывая свои теоріи, они, въ сущности, находятся какъ бы въ состояніи оптическаго обмана. Такое явленіе порождается отчасти съ нѣкоторой неизбѣжностью однимъ свойствомъ тѣхъ эмоціональныхъ переживаній, которыя лежатъ въ основѣ правовыхъ явленій. Это свойство [1]) состоитъ въ томъ, что переживающій ихъ склоненъ надѣлять объекты, по отношенію къ которымъ эмоціи переживаются, разными качествами, которыхъ у нихъ объективно не существуетъ, или даже создавать во внѣшнемъ мірѣ разные объекты, реально тамъ не существующіе.

Это новое пониманіе права, имѣющее въ виду уяснить себѣ не *практическую* проблему относительно того, какія нормы принадлежатъ къ праву, т. е. должны имѣть обязательное значеніе, а *теоретическую* о томъ, что такое право, какъ особое явленіе въ мірѣ нашего опыта и въ системѣ нашего общетеоретическаго знанія. Нужно было, чтобы общественную мысль особенно увлекли вопросы законодательнаго правотворчества и чтобы юриспруденція изъ круга своихъ мелкихъ практическихъ интересовъ была призвана къ разрѣшенію болѣе широкихъ задачъ, чтобы могло явиться на смѣну

---

[1]) См. проф. Петражицкій, Теорія права, стр. 33 и слѣд.

всѣмъ прежнимъ опредѣленіямъ это глубокое теоретическое опредѣленіе права, цѣнность коего далеко не ограничивается практическимъ значеніемъ въ смыслѣ удачнаго разрѣшенія одного какого-либо возникшаго вопроса. Эта теорія несетъ съ собой переворотъ во всѣхъ основныхъ ученіяхъ юриспруденціи и вноситъ свѣтъ сознательнаго отношенія въ тѣ области, гдѣ плодотворные результаты достигались не при помощи господствовавшихъ теорій, а вопреки имъ, безсознательнымъ дѣйствіемъ здороваго инстинкта. Въ частности, и вопросъ насъ здѣсь интересующій на почвѣ этого пониманія права получаетъ, наконецъ, надлежащее разрѣшеніе. Мѣняется здѣсь нѣсколько и самая постановка вопроса и, во всякомъ случаѣ, приводится въ бо̀льшую ясность. Что касается, напр., до правотворческой дѣятельности законодателя, то, при пониманіи подъ правомъ особыхъ психическихъ переживаній, она должна быть представляема совершенно иначе, чѣмъ при воззрѣніи на право, какъ на велѣнія государственной власти.

Главное же, совершенно своеобразной при психологическомъ пониманіи права должна быть теорія его образованія и развитія. Эта теорія, какъ намъ кажется, даетъ, наконецъ, надлежащій базисъ для политики права (эта послѣдняя какъ разъ и была исходной точкой созданія психологической теоріи). Съ другой стороны, именно въ ней роль законодательнаго творчества въ процессѣ закономѣрнаго развитія права получаетъ надлежащее научное освѣщеніе, а возможность его вліянія—надлежащее обоснованіе.

Подробной разработкѣ теоріи развитія права должна быть посвящена, обѣщанная проф. Петражицкимъ,

еще не вышедшая книга подъ заглавіемъ «Очерки соціологіи и исторіи политическихъ идей». Но основныя положенія этой теоріи можно уже считать вполнѣ установленными. Они были высказаны съ достаточной опредѣленностью еще въ нѣмецкихъ трудахъ проф. Петражицкаго, въ частности, въ «Lehre vom Einkommen», а затѣмъ съ бо́льшей или меньшей подробностью повторяются и въ другихъ трудахъ.

Основной характерной особенностью воззрѣнія проф. Петражицкаго на процессъ развитія права является его положеніе о безсознательномъ характерѣ этого процесса, исключающемъ всякую мысль о преобладаніи и рѣшающемъ значеніи сознательной, цѣлевой дѣятельности людей въ этой области, о созданіи права исключительно усиліями людей по опредѣленнымъ разсчетамъ. Положеніе это, съ необходимостью вытекающее изъ существа психологическаго пониманія права, авторъ подчеркиваетъ во многихъ мѣстахъ своихъ сочиненій. «Нужно удивляться храбрости тѣхъ, — говоритъ онъ въ Lehre vom Einkommen,—которые зачеркиваютъ весь элементъ безсознательнаго, элементъ, никѣмъ непредвидѣнныхъ причинныхъ дѣйствій, дальнѣйшихъ обратныхъ и побочныхъ дѣйствій этихъ дѣйствій и т. д. и приписываютъ кому-либо, индивиду, или обществу, или законодателю, какъ носителю общей воли, — созданіе всего съ намѣреніемъ и разчетомъ (телеологически)» [1]). Въ этомъ проявляется основная противоположность психологической теоріи теоріямъ господствующихъ школъ. Самъ проф. Петражицкій свои воззрѣ-

---

[1]) Bd. II, 1895 г., стр. 481.

нія противополагалъ, главнымъ образомъ, воззрѣніямъ Іеринга и его послѣдователей.

Но въ этомъ же, на ряду съ новымъ пониманіемъ права проявляется дальнѣйшее различіе психологической теоріи отъ теоріи Штаммлера. По вопросу о характерѣ процесса развитія права новѣйшія ученія, какъ мы уже указали, необходимо признать регрессомъ сравнительно съ исторической школой. Своими воззрѣніями на процессъ развитія права, какъ на процессъ безсознательный, проф. Петражицкій изъ всѣхъ существующихъ теорій ближе всего стоитъ именно къ исторической школѣ, которая впервые выдвинула и послѣдовательно провела такой взглядъ на ходъ развитія права. Признаніе этого мы встрѣчаемъ со стороны самого проф. Петражицкаго.

«Борьба противъ воззрѣній о произвольномъ созданіи права законодателемъ представляетъ одну изъ важнѣйшихъ заслугъ исторической школы права» читаемъ мы на только что цитированной страницѣ L. vom Einkommen. Еще болѣе опредѣленныя замѣчанія по этому поводу находимъ мы въ «Введеніи и предисловіи къ наукѣ политики права». «Въ существѣ дѣла я стою въ этой области на почвѣ исторической школы, которая происхожденіе права объясняла не сознательнымъ творчествомъ, а безсознательнымъ органическимъ развитіемъ... Разница въ воззрѣніяхъ заключается только въ частномъ проведеніи основной мысли. А именно, историческая школа объясняла развитіе права національнымъ духомъ, т. е. въ результатѣ сводила x къ x, потому что народный духъ величина научно неопредѣленная и едва ли подающаяся анализу и синтезу. Вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ x исторической

школы все-таки обладаетъ вредными свойствами, ведущими къ научному пессимизму, инерціи и безсилію и вмѣстѣ съ тѣмъ къ преувеличенію національнаго элемента. Нашъ взглядъ на обычное право имѣетъ нѣсколько иной оттѣнокъ. Разсматривая обычное право, какъ психическое, а именно, этическое отложеніе, кристаллизацію народной эмпирики и, слѣд., безсознательное воплощеніе народнаго разума, мы прежде всего освобождаемся отъ научнаго скептицизма и пріобрѣтаемъ орудіе для изслѣдованія (индуктивное изслѣдованіе смысла безсознательнаго элемента), а съ другой стороны, возвращаемся къ вѣрѣ въ возможность содѣйствія элемента сознанія, сознательнаго разума (т. е. къ правильнымъ идеямъ раціонализма и школы естественнаго права, съ освобожденіемъ отъ ихъ ошибочныхъ примѣсей» [1]).

Историческая школа имѣла, слѣдовательно, только предчувствіе истины, смутное сознаніе ея, которое привело только къ установленію правильнаго основного положенія. Разрѣшить же проблему по существу ей было, какъ мы видѣли, не подъ силу. Ея ученія о національномъ духѣ и его проявленіи, объ обычномъ правѣ и т. п. и всѣ крайніе выводы, сдѣланные ею изъ этихъ ученій, несостоятельность коихъ была вскорѣ показана самой жизнью, съ основной идеей о безсознательности процесса развитія права вовсе не связаны и изъ нея съ необходимостью не вытекаютъ.

Теорія развитія права проф. Петражицкаго и устанавливаемые этой теоріей законы покоятся, съ одной стороны, на вышеприведенномъ психологическомъ по-

---

[1]) Кіевскія уни-скія извѣстія 1896 г., стр. LXIV.

ниманіи права, а съ другой, на теоріи дѣйствія права, которая, въ свою очередь, съ необходимостью изъ психологическаго его пониманія вытекаетъ.

Право, какъ мы указывали, есть психическое явленіе сложнаго состава. Здѣсь представленія опредѣленнаго поведенія сочетаются со своеобразными эмоціями. Эмоціи, какъ это опять-таки указано, имѣютъ двустороннюю природу и представляютъ, на ряду съ нѣкоторымъ претерпѣваніемъ—позывъ и понуканіе къ опредѣленному поведенію. Отсюда вытекаетъ основное положеніе эмоціональной психологіи, что эмоціи являются мотивами, импульсами человѣческаго поведенія. Онѣ «исполняютъ функціи побужденій къ внѣшнимъ тѣлодвиженіямъ и инымъ дѣйствіямъ (напр., къ умственной работѣ и инымъ т. н. внутреннимъ дѣйствіямъ), вызывая непосредственно соотвѣтственные физіологическіе и психическіе процессы (импульсивныя, или эмоціональныя дѣйствія) или соотвѣтственную волю (волевыя дѣйствія)» [1]). Существо явленій права, слѣдовательно, и заключается въ его дѣйствіи въ качествѣ мотивовъ поведенія; иначе говоря, въ его мотиваціонномъ дѣйствіи. Въ побужденіи къ опредѣленному поведенію и именно къ такому поведенію, которое необходимо для самой возможности существованія общественной жизни, въ смыслѣ человѣческаго сотрудничества, направленнаго на совмѣстное удовлетвореніе потребностей, и дальнѣйшаго ея развитія, заключается біологическій смыслъ права, его основная жизненная функція. Проблема развитія права сводится къ установленію сущности и законовъ измѣненія его именно въ этомъ его каче-

---

[1]) Проф. Петражицкій, Теорія права, стр. 3.

ствѣ, какъ побудителя къ соціально-необходимому поведенію и выясненію тѣхъ причинъ, коими эти измѣненія обусловливаются.

Мотиваціонное дѣйствіе права проявляется въ видѣ сложной системы психическихъ воздѣйствій на человѣка въ пользу соціально-необходимаго поведенія. Рѣшающее значеніе здѣсь имѣютъ тѣ своеобразныя эмоціи долга съ императивно-аттрибутивнымъ характеромъ, которыя лежатъ въ основѣ всѣхъ правовыхъ переживаній. Сочетаясь съ представленіемъ опредѣленнаго поведенія, онѣ создаютъ двоякую мотивацію: одну на активной, другую на пассивной сторонѣ, на сторонѣ управомоченнаго, приписывающаго себѣ право, и на сторонѣ правообязаннаго, приписывающаго себѣ обязанность къ чему-либо. «Соціальный правовой порядокъ зиждется на соотвѣтствіи, координаціи пассивной и активной правовой мотиваціи и подлежащихъ двухъ родовъ поведенія» [1]).

Итакъ, мотиваціонное дѣйствіе права заключается, прежде всего, въ томъ, что эмоціи, сочетающіяся съ представленіемъ опредѣленнаго поведенія и опредѣляющія его, какъ согласное съ долгомъ, или несогласное съ нимъ, неуклонно побуждаютъ къ выполненію того, что долгъ предписываетъ и къ воздержанію отъ того, что имъ запрещается. Но такъ какъ этимъ эмоціямъ приходится встрѣчаться и приходить въ столкновеніе съ различными иными человѣческими побужденіями и склонностями, толкающими человѣка къ поведенію противному долгу, то при недостаточной интенсивности правовыхъ эмоцій имъ не удается вызвать предписы-

---

[1]) Ibidem, стр. 143.

ваемаго ими поведенія. Съ другой стороны, у нѣкоторыхъ людей въ тѣхъ или иныхъ случаяхъ соотвѣтственныя эмоціи могутъ и вовсе отсутствовать. Но такъ какъ право побуждаетъ къ поведенію, которое необходимо для самаго существованія даннаго соціальнаго порядка, а соціальный порядокъ состоитъ въ координаціи поведенія, т. е. въ томъ, что то, къ чему обязанъ одинъ, закрѣплено за другимъ, какъ его право, то наличность и большее или меньшее распространеніе правового сознанія вызываетъ къ жизни цѣлую систему явленій, помогающихъ и способствующихъ неуклонному поведенію, согласному съ нимъ. Такія явленія проф. Петражицкій называетъ *вспомогательной* или *суррогатной мотивацією* права. «Уже тѣ психическія и физическія реакціи, которыя право имѣетъ, въ силу аттрибутивной своей природы, тенденцію вызывать на сторонѣ приписывающихъ себѣ права и солидарныхъ съ ними въ случаяхъ неисполненія долга со стороны обязаннаго, имѣютъ то мотиваціонное значеніе, что предвидѣніе возможности или неизбѣжности ихъ и вызываемыя имъ эмоціи представляютъ дополнительное, вспомогательное мотиваціонное давленіе въ пользу исполненія долга. Но, затѣмъ, связанная съ аттрибутивной природой права тенденція обезпеченія управомоченному того, что ему причитается, ведетъ къ такому развитію и приспособленію права, что имѣется цѣлая система вспомогательныхъ мотиваціонныхъ давленій, способствующихъ исполненію долга и со стороны тѣхъ, у которыхъ эмоціи долга въ подлежащихъ областяхъ слишкомъ слабы или вовсе отсутствуютъ. Поставляются на видъ разныя выгоды въ случаѣ исполненія или усерднаго исполненія долга (напр., награды, повышенія по службѣ, пенсіи

и проч.) и разныя невыгоды и потери въ случаѣ неисполненія» [1]). Цѣлый рядъ существеннѣйшихъ явленій человѣческой правовой жизни могутъ быть объяснены только въ связи съ положеніемъ объ этой вспомогательной мотиваціи, порождаемой правомъ.

Но мотиваціонное дѣйствіе права не исчерпывается еще указанными видами—основной и вспомогательной мотиваціей. За счетъ мотиваціоннаго дѣйствія права должно быть отнесено и то вліяніе его на разнообразныя человѣческія побужденія и склонности, вслѣдствіе котораго онѣ съ неизбѣжностью направляютъ человѣка въ сторону соціально необходимаго поведенія, правомъ непосредственно не предписываемаго. «Результаты психическаго дѣйствія основной и вспомогательной мотиваціи, состоящіе въ соотвѣтственномъ, вообще правильномъ и неуклонномъ, индивидуальномъ и массовомъ поведеніи, ведутъ къ тому, что съ подлежащимъ индивидуальнымъ поведеніемъ и соціальнымъ порядкомъ приходится людямъ считаться и сообразоваться, аналогично тому, какъ мы считаемся съ законами природы, и въ тѣхъ вопросахъ и областяхъ поведенія, для которыхъ не имѣется опредѣленныхъ предписаній права, которые предоставлены свободному усмотрѣнію. Право вызываетъ мотивы въ пользу безчисленныхъ такихъ дѣйствій и системъ таковыхъ, которыя правомъ, самимъ по себѣ, не предписаны, напр., въ области хозяйственной жизни, въ пользу учрежденія и веденія предпріятій съ расчетомъ на обезпеченіе со стороны права такого человѣческаго поведенія, которое необходимо для этого и для достиженія и сохраненія извѣстныхъ выгодъ для субъ-

---

[1]) Ibidem, стр. 642—643.

екта предпріятія и его близкихъ, при жизни его и послѣ смерти (наслѣдственное право). Можно сказать, что главный мотиваціонный смыслъ многихъ элементовъ права и ихъ системъ (напр., регулирующаго хозяйственный бытъ имущественнаго и семейнаго съ наслѣдственнымъ гражданскаго права) состоитъ въ вызовѣ такого индивидуальнаго и массоваго поведенія, о которомъ право вовсе и не говоритъ, котораго оно не предписываетъ, но которое тѣмъ не менѣе люди подъ вліяніемъ дѣйствующаго правопорядка сами добровольно избираютъ» [1]). Такую мотивацію проф. Петражицкій называетъ *самостоятельной* или *свободной правовой мотивацiей.*

Такова система мотиваціоннаго дѣйствія права. Какъ видимъ, для добыванія отъ людей соціально необходимаго поведенія право приводитъ въ движеніе всѣ силы человѣческой души, стараясь всячески использовать все то, что можетъ служить импульсомъ для этого поведенія (положительная правовая мотивація) и подавить и устранить все противодѣйствующее этому, предупредить появленіе искушеній (отрицательная правовая мотивація). «Разные виды мотивацiи комбинируются въ правѣ другъ съ другомъ отчасти такъ, что они подкрѣпляютъ другъ друга, отчасти такъ, что исходящіе отъ извѣстныхъ элементовъ права мотиваціонные процессы, напр., поскольку они ведутъ къ вреднымъ послѣдствіямъ, парализуются другими мотиваціонными процессами» [2]). Говоря словами проф. Петражицкаго, всякая правовая система играетъ сложный концертъ на разнообразнѣйшихъ струнахъ человѣческой души.

[1]) Ibidem, стр. 643.
[2]) Ibidem, стр. 644.

Отсюда съ очевидностью вытекаетъ, что характеръ данной правовой системы, т. е. то, какимъ образомъ право свой концертъ производитъ, какія именно душевныя движенія вызываетъ, какія подавляетъ, всецѣло зависитъ отъ того, что именно предетавляетъ изъ себя объектъ его воздѣйствія — человѣческая психика. Вопросъ о развитіи права тоже стоитъ въ связи съ особенностями этого объекта его воздѣйствія.

Если бы психика человѣческая предетавляла собой нѣчто неизмѣнное, если бы процессъ развитія человѣчества сводился только къ обогащенію знанія или инымъ какимъ-нибудь измѣненіямъ, но душа и характеръ человѣческій оставались бы безъ измѣненія, то о развитіи права не могло бы быть и рѣчи. Система права могла бы развѣтвляться, къ ней могло бы что-либо прибавиться, но измѣняться качественно, по содержанію, она бы не могла, поскольку оставался бы неизмѣннымъ тотъ объектъ, на который она воздѣйствуетъ. Но этого какъ разъ нѣтъ. Человѣческая психика находится въ процессѣ непрерывнаго развитія; она непрерывно измѣняется и это измѣненіе съ неизбѣжностью обусловливаетъ и измѣненіе права, которое, какъ это явствуетъ изъ изложеннаго, должно приноровляться къ данному состоянію психики. Измѣненія психики, характера человѣческаго, представляются въ видѣ непрерывнаго развитія ея въ сторону соціализаціи, большей пригодности для соціальной жизни [1]).

Съ одной стороны, на первыхъ ступеняхъ человѣческаго развитія, когда психика человѣческая имѣетъ

---

[1]) Эта мысль подробно развита проф. Петражицкимъ въ рѣчи его на первомъ женскомъ съѣздѣ. См. печатный отчетъ съѣзда. Спб. 1910 г.

особенно антисоціальный характеръ, совершенно не приспособлена къ новымъ условіямъ жизни, требующимъ большихъ ограниченій свободнаго проявленія врожденныхъ наклонностей и страстей,—право имѣетъ чрезвычайно грозное содержаніе и достигаетъ необходимаго поведенія лишь путемъ самаго интенсивнаго воздѣйствія на самыя грубыя и элементарныя человѣческія побужденія.

Достаточно самаго бѣглаго сравненія нашей правовой системы съ системой древняго права, чтобы сталъ очевиденъ тотъ огромный шагъ, который сдѣлала въ своемъ развитіи человѣческая психика. Съ другой стороны, въ дальнѣйшемъ развитіи человѣческая психика можетъ достигнуть такого уровня, что право вообще станетъ излишнимъ; станетъ излишней какая бы то ни было система воздѣйствія на человѣческую психику въ пользу соціально-необходимаго поведенія, ибо это послѣднее будетъ имѣть мѣсто само собой, безъ всякихъ предписывающихъ нормъ. Съ этой точки зрѣнія проф. Петражицкій возражаетъ, между прочимъ, противъ тѣхъ, кто принужденіе и охрану считаютъ существенными моментами права. «Правовая организація распредѣленія благъ есть лишь временно выдвинувшаяся положительная задача (eminent positive Aufgabe), которая вовсе бы не была необходима, если бы всѣ люди достигли душевнаго состоянія ангеловъ и заботились бы идеальнымъ образомъ о благѣ своихъ ближнихъ» [1]).

Какими же факторами обусловливается указанное развитіе человѣческой психики?

Здѣсь, на ряду со всѣми многочисленными факто-

---

[1]) L. Petrażycki, Die Lehre vom Einkommen, II, 471.

рами соціально-психической жизни, какъ нравственность, религія, нормативная эстетика и проч., выдающуюся роль играетъ право. Въ способности права вліять на основныя свойства человѣческаго характера и производить такія или иныя измѣненія въ человѣческой психикѣ заключается на ряду съ мотиваціоннымъ дѣйствіемъ дальнѣйшее проявленіе причиннаго дѣйствія права, которое проф. Петражицкій называетъ его *педагогическимъ* или *воспитательнымъ* дѣйствіемъ.

Педагогическое вліяніе права представляетъ собою тоже весьма сложную систему воздѣйствій. Прежде всего, въ этомъ направленіи дѣйствуетъ самое переживаніе тѣхъ эмоцій, которыя лежатъ въ основѣ правовыхъ явленій. Различное воспитательное вліяніе при этомъ оказываютъ, съ одной стороны, активное правосознаніе, сознаніе своего права, а съ другой, правосознаніе пассивное, сознаніе своей обязанности. И то, и другое представляются въ одинаковой степени важными и преобладаніе одного изъ нихъ за счетъ другого ведетъ къ одностороннему ненормальному развитію психики [1]).

Кромѣ того, дальнѣйшее воспитательное значеніе имѣютъ и сами поступки, вызываемые правомъ. «Повтореніе извѣстныхъ поступковъ развиваетъ соотвѣтственныя привычки, положительныя, привычки совершенія, и отрицательныя, привычки воздержанія. А онѣ, привычки, въ свою очередь вліяютъ на развитіе характера, укорененіе извѣстныхъ чертъ, ослабленіе другихъ» [2]).

Наконецъ, воспитательное вліяніе права и при томъ самое значительное имѣетъ мѣсто, какъ результатъ

---

[1]) См. Петражицкій, Теорія права, стр. 137—147.

[2]) Ibidem, стр. 645.

воздѣйствія правовой системы на всю психику въ цѣломъ. «Играя свой сложный психическій концертъ на разныхъ струнахъ человѣческой эмоціональной души, заставляя дѣйствовать и устраняя однѣ эмоціональныя склонности, не допуская или подавляя дѣйствіе другихъ, напр., звѣрскихъ, злостныхъ, вообще антисоціальныхъ, право неминуемо ведетъ къ развитію и укрѣпленію однихъ эмоціональныхъ склонностей, къ ослабленію и разрушенію другихъ, и т. д.» [1]).

Итакъ, процессъ развитія права обусловленъ развитіемъ человѣческой психики, на которую право, въ свою очередь, оказываетъ серьезное вліяніе. Каждый шагъ впередъ въ развитіи человѣческаго характера, въ смыслѣ большей его соціализаціи, ведетъ къ соотвѣтственному измѣненію правовой системы. Относительно этихъ измѣненій, приноравливающихся къ улучшенной психикѣ, проф. Петражицкій устанавливаетъ три основныхъ закона развитія права.

1) Приноровленіе права къ улучшающейся психикѣ происходитъ путемъ непрерывнаго ослабленія мотивацiоннаго давленія. Это, т. н., *законъ нисходящей прогрессіи мотивацiоннаго давленія*. Здѣсь измѣненіе права выражается въ томъ, что при остающихся безъ измѣненія характерѣ и размѣрѣ требуемаго отъ индивида соціальнаго поведенія и при продолжающемся воздѣйствіи на однѣ и тѣже стороны человѣческой души, уменьшается лишь интенсивность этого воздѣйствія, сила мотивацiоннаго давленія.

2) Далѣе, это приноровленіе заключается въ переходѣ мотивацiоннаго воздѣйствія съ однѣхъ струнъ

---

[1]) Ibid., стр. 645.

человѣческой души на другія. Характеръ требуемаго отъ индивидовъ поведенія остается здѣсь опять-таки безъ измѣненія, но только это поведеніе начинаетъ добываться путемъ приведенія въ движеніе болѣе высокихъ человѣческихъ побужденій.

3) Наконецъ, развитіе права въ соотвѣтствіи съ развитіемъ человѣческаго характера выражается въ томъ, что при остающейся безъ измѣненія силѣ мотиваціоннаго давленія и при воздѣйствіи на одинаковыя стороны человѣческой души, къ индивиду предъявляются требованія несравненно большаго, чѣмъ прежде, поведенія и при этомъ гораздо труднѣе для него выполнимаго.

Эти три основныхъ закона развитія права подтверждаются проф. Петражицкимъ на огромномъ количествѣ примѣровъ изъ исторіи самыхъ разнообразныхъ областей права и на отдѣльныхъ правовыхъ институтахъ, въ частности, права семейнаго, обязательственнаго и уголовнаго.

Для завершенія изложенной теоріи развитія права проф. Петражицкаго намъ необходимо разсмотрѣть еще послѣдній вопросъ о томъ, какимъ же путемъ происходитъ указанное неизбѣжное приноровленіе права къ измѣняющейся психикѣ? Въ этомъ вопросѣ, какъ мы видѣли, психологическая теорія самымъ рѣшительнымъ образомъ отвергаетъ всякую мысль о созданіи всего исключительно сознательной дѣятельностью людей. «Разумѣется, подлежащіе законы историческаго развитія человѣчества и его учрежденій не означаютъ, что какіе-то умные люди изучаютъ и измѣряютъ прогрессъ человѣческой психики и сообразно съ этимъ выдумываютъ право. Дѣло идетъ о безсознательномъ процессѣ — соціально-психическаго приспосо-

бленія» [1]). Познаніе и объясненія этого процесса соціально-психическаго приспособленія, теорія его, составляетъ предметъ особой науки соціологіи. Въ своихъ трудахъ проф. Петражицкій лишь кратко намѣчаетъ основныя положенія этой теоріи.

Общественная жизнь людей сопровождается постояннымъ общеніемъ людей другъ съ другомъ, выражающемся въ разговорахъ между ними и иныхъ видахъ психическаго общенія. «Психическое общеніе есть, такъ сказать, психическое взаимозараженіе и при этомъ не интеллектуальное только, а и эмоціональное. Сообщаются и циркулируютъ не только подлежащія представленія, а и тѣ эмоціи, которыя въ психикѣ сообщающихъ связаны съ этими представленіями» [2]).

На почвѣ этого общенія членовъ соціальной группы и интеллектуально-эмоціональнаго взаимозараженія и возникаетъ право (какъ и иныя близкія къ нему явленія). Непосредственнымъ факторомъ, вызывающимъ право, является такое или иное человѣческое поведеніе по отношенію къ своимъ ближнимъ и разнообразныя явленія, возникающія на почвѣ этого поведенія. При чемъ, если въ результатѣ такого или иного человѣческаго поведенія получаются факты, приносящіе въ суммѣ для общества болѣе зла и вреда, чѣмъ пользы и выгоды, то, въ концѣ концовъ, въ этомъ обществѣ появится осужденіе самихъ фактовъ и поведенія ихъ вызывающаго, установится прочная ассоціація представленія этихъ фактовъ и этого поведенія съ репульсивными эмоціями. Если же въ результатѣ такого поведенія получаются факты, въ общей суммѣ для общества благопріятные,

[1]) Ibidem, стр. 654.
[2]) Ibidem, стр. 655.

представленія ихъ будутъ сопровождаться одобреніемъ и аттрактивными эмоціями.

Процессъ соціальной оцѣнки, при помощи которой опредѣляется и фиксируется соціально-полезное и соціально-вредное, т. е. то, что можно было бы назвать *соціальной котировкой*, происходитъ такимъ образомъ. Всякое явленіе дѣйствуетъ прежде всего на отдѣльныхъ индивидовъ, при чемъ на явленія, отъ которыхъ онъ терпитъ непріятности, у него развиваются антипатіи и репульсіи, а на явленія, отъ которыхъ онъ имѣетъ выгоду или вообще какой-либо благопріятный для себя результатъ, онъ реагируетъ противоположнымъ образомъ. Благодаря общенію людей между собой въ обществѣ начинаютъ циркулировать такія или иныя сужденія, содержащія въ себѣ представленія тѣхъ или иныхъ фактовъ въ сочетаніи съ различными эмоціями. На протяженіи болѣе или менѣе значительнаго промежутка времени складываются среднія равнодѣйствующія различныхъ оцѣнокъ и индивидуально-полезные принципы замѣняются общественно-полезными. «Эмоціонально-интеллектуальное соціальное общеніе и психическое зараженіе вырабатываетъ эмоціональныя среднія равнодѣйствующія, среднія эмоціональныя оцѣнки, продукты безчисленныхъ фактовъ данной категоріи въ жизни рядовъ смѣняющихся поколѣній» [1]).

Здѣсь, такимъ образомъ, имѣютъ мѣсто процессы, аналогичные борьбѣ за существованіе и естественному подбору (хотя и принципіально отличные, производимые не косою смерти, а эмоціями), вытѣсненіе худшаго

---

[1]) Ibidem, стр. 655.

лучшимъ, менѣе годнаго болѣе годнымъ. «Въ различнѣйшихъ областяхъ жизни происходятъ процессы безсознательнаго приспособленія, совершенствованія выработки разнообразнѣйшихъ безсознательно геніальныхъ продуктовъ... и измѣненіе и приспособленіе этихъ продуктовъ къ мѣняющимся условіямъ жизни, въ томъ числѣ къ измѣняющейся психикѣ человѣческой» [1]).

Такова та теорія безсознательнаго развитія, которая даетъ, наконецъ, надлежащее разрѣшеніе вопросамъ о происхожденіи и развитіи права, остававшимся до сихъ поръ загадками и которая призвана положить конецъ наивнымъ теоріямъ о телеологическомъ характерѣ этого развитія и сознательныхъ усиліяхъ людей, якобы имъ двигающихъ.

Теперь намъ необходимо разсмотрѣть вопросъ о томъ, какую роль въ этомъ процессѣ безсознательнаго развитія играетъ законодательство, какимъ образомъ и въ какой мѣрѣ можно говорить о творческихъ его функціяхъ, какъ о нѣкоторомъ уже сознательномъ вліяніи на ходъ развитія права. Мы видѣли, что у школы, впервые выставившей тезисъ о безсознательномъ развитіи, изъ него уже apriori вытекало отрицаніе самой возможности такого вліянія. Въ разсматриваемой нами теоріи дѣло обстоитъ иначе. Здѣсь возможность законодательнаго творчества не только не отрицается, но, наоборотъ, впервые получаетъ научное обоснованіе, обезпечивающее ему надлежащій успѣхъ и, съ другой стороны, обнаруживающее его серьезное принципіальное значеніе.

Появленіе законодательства, какъ особой человѣче-

---

[1]) Ibidem, стр. 656.

ской дѣятельности и ея первоначальный характеръ всецѣло обусловлены самой природой права, его характерными, глубоко въ немъ заложенными свойствами. Въ основѣ права лежатъ императивно-аттрибутивныя эмоціональныя переживанія. Долгъ одного представляется здѣсь закрѣпленнымъ за другимъ, а не зависящимъ отъ свободнаго усмотрѣнія или доброй воли обязаннаго. Отсюда своеобразный *притязательный* характеръ правовыхъ переживаній и порождаемыя имъ тенденціи къ насильственному добыванію причитающагося и къ одіозно-репрессивнымъ дѣйствіямъ въ случаяхъ нарушенія [1]). Но «правовыя нормы представляютъ не нѣчто существующее реально и объективно внѣ психики индивидовъ.., а отраженія и выраженія (проекціи) субъективныхъ психическихъ состояній этихъ индивидовъ; обязанности или нормы, существующія или «несомнѣнно» существующія, по мнѣнію однихъ, могутъ не существовать или имѣть иное содержаніе, по мнѣнію другихъ» [2]). «Въ аттрибутивномъ характерѣ правовой психики, при индивидуальномъ или массовомъ несовпаденіи соотвѣтственныхъ мнѣній и убѣжденій, кроется опасное взрывчатое вещество, психическій источникъ разрушенія злобы и мести» [3]). «Съ этимъ, на почвѣ соціально-культурнаго приспособленія, связана и этимъ объясняется тенденція права къ такому развитію и приспособленію, которое направлено на приведеніе къ единству, къ тождеству и совпаденію правовыхъ мнѣній между сторонами» [4]). Эта тенденція можетъ быть для

---

[1]) Ibidem, § 9.
[2]) Ibidem, стр. 165.
[3]) Ibidem, стр. 165.
[4]) Ibidem, стр. 165.

краткости названа *унификаціонной или объединительной* тенденціей. Спеціальнымъ проявленіемъ этой тенденціи, на ряду со стремленіемъ къ точной опредѣленности содержанія и объема правовыхъ представленій и понятій, къ достиженію контролируемости и доказуемости релевантныхъ фактовъ и т. д., притомъ проявленіемъ наиболѣе важнымъ, является тенденція развитія единаго шаблона нормъ, стремленіе права къ позитивації». «Особенность позитивнаго права... состоитъ въ томъ, что здѣсь мнѣнія относительно того, что причитается однимъ отъ другихъ, представляютъ не индивидуально-самостоятельныя автономныя мнѣнія, а гетерономныя, опредѣляемыя разными объективными фактами (нормативными фактами)... На этой почвѣ получается однообразный для массъ людей шаблонъ нормъ, опредѣляющихъ взаимныя права и обязанности и разрѣшающихъ возникающія сомнѣнія и разногласія»[1]).

Этой потребности въ позитивації нормъ права и служитъ законодательная дѣятельность, ею она прежде всего и вызывается. Право, возникающее путемъ указанныхъ безсознательныхъ процессовъ, есть право интуитивное. Но, появившись, оно при своемъ практическомъ осуществленіи стремится неуклонно позитивироваться. Законъ далеко не является единственнымъ средствомъ позитивації права. На ряду съ нимъ въ этомъ отношеніи значительную роль играютъ многочисленные иные нормативные факты. «Правовой психикѣ свойственна столь сильная и неуклонная склонность къ позитивації, что она, такъ сказать, пользуется всевозможными поводами и случаями, всевозможными

[1]) Ibidem, стр. 166–167.

фактами для того, чтобы достигнуть фиксированія опредѣленнаго позитивнаго шаблона» [1]).

Такимъ образомъ, первымъ источникомъ возникновенія законодательной дѣятельности является потребность интуитивнаго права въ позитивиаціи. Законъ призывается лишь въ качествѣ позитивнаго шаблона для уже существующихъ нормъ. Интуитивное право побуждаетъ, впрочемъ, законодательство и къ иного рода дѣятельности, опять таки лишь служебной по отношенію къ нему. Здѣсь надо имѣть въ виду удовлетвореніе уже упомянутой нами потребности права въ точной опредѣленности содержанія его представленій и понятій и кромѣ того, вообще созданіе условій необходимыхъ для надлежащаго дѣйствія интуитивнаго права. Съ развитіемъ соціальной жизни, съ усложненіемъ соціальнаго строя, въ своихъ основахъ покоящагося на интуитивномъ правѣ (по большей части такъ или иначе позитивировавшемся) возникаютъ чисто техническія потребности правового регулированія, которыя интуитивнымъ правомъ не разрѣшаются, или намѣчаются интуитивнымъ правомъ только въ общемъ.

Эти потребности являются дальнѣйшимъ источникомъ проявленія законодательной дѣятельности. Но и здѣсь она не является чѣмъ-либо творческимъ и несетъ по отношенію къ интуитивному праву нѣкоторыя служебныя функціи.

Выше, касаясь воззрѣній различныхъ школъ на законодательную дѣятельность, мы провели различіе между служебной (технической) и творческой функціями законодательства. Мы видѣли, что въ то время, какъ

---

[1]) Ibidem, стр. 168.

творческая функція законодательства составляла существенную проблему въ то время, какъ исключалась самая возможность ея — служебная функція его не возбуждала сомнѣній и понималась довольно однообразно. Въ только что изложенномъ воззрѣніи на законодательство тоже имѣется въ виду именно эта служебная его функція, при чемъ, какъ видимъ, на почвѣ научно-психологическаго пониманія права, она впервые получаетъ надлежащее объясненіе. Въ чемъ же заключается творческая функція законодательства и какъ она возможна?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ свободно вытекаетъ изъ изложенныхъ основныхъ положеній психологической теоріи.

Возникая первоначально только, такъ сказать, на подмогу праву интуитивному, исключительно въ качествѣ момента вторичнаго, законы съ теченіемъ времени, по мѣрѣ ихъ умноженія и усложненія, превращаются въ нѣкоторую систему, въ нѣчто самостоятельное и самодовлѣющее и существенно измѣняются въ своемъ характерѣ. Это измѣненіе сводится къ тому, что законы, являясь сначала только порожденіемъ интуитивнаго права, начинаютъ проявлять обратное вліяніе. Постепенно это приводитъ къ тому, что мѣняется самое отношеніе между нормативнымъ фактомъ и опредѣленной правовой реакціей. Законъ, имѣющій сначала лишь то значеніе, что появляется въ сознаніи при какомъ-либо затрудненіи въ осуществленіи интуитивнаго права въ качествѣ вспомогательнаго, вторичнаго момента, съ теченіемъ времени дѣлается моментомъ первичнымъ, обусловливающимъ появленіе соотвѣтствующей его содержанію правовой реакціи. Появленіе въ сознаніи представленія опредѣленнаго закона съ необходимостью вы-

зываетъ правовую реакцію. Такое право, которое появляется лишь въ связи съ представленіемъ опредѣленнаго нормативнаго факта, будетъ уже правомъ позитивнымъ и, въ частности, если нормативнымъ фактомъ будетъ законъ, правомъ законнымъ. Къ такому отношенію между правовой реакціей и нормативнымъ фактомъ, въ концѣ концовъ, и сводится существо различія между интуитивнымъ и позитивнымъ правомъ. И интуитивному праву, при малѣйшихъ поводахъ къ тому, свойственно стремленіе подыскивать такое или иное обоснованіе и, несмотря на это, налицо будетъ существенное отличіе отъ права позитивнаго, въ которомъ моментъ обосновывающій предшествуетъ самому правовому переживанію.

Процессъ постепеннаго развитія въ законѣ указанной способности обратнаго вліянія на право происходитъ такимъ образомъ. Вначалѣ всякій законъ долженъ покоиться на дѣйствительной живой связи съ интуитивнымъ правомъ. Но интуитивное право подвижно и измѣнчиво и существуетъ только, поскольку переживается, законъ же пріобрѣтаетъ устойчивое существованіе и такимъ образомъ появляется первое его вліяніе въ видѣ напоминанія о существованіи интуитивнаго права, начинающаго стираться или по какимъ инымъ причинамъ отсутствующаго въ наличномъ переживаніи. Законъ оказывается здѣсь, такъ сказать, реальнымъ слѣдомъ интуитивнаго права, поддерживающимъ и оживляющимъ его. Въ дальнѣйшемъ, по мѣрѣ усложненія системы законовъ, когда съ теченіемъ времени въ эту систему входятъ законы, отдаленные отъ момента своего возникновенія изъ интуитивнаго права значительнымъ промежуткомъ времени и такіе законы, которые,

преслѣдуя спеціальныя техническія задачи, вообще, возникаютъ помимо интуитивнаго права, ихъ связь съ интуитивнымъ правомъ и ихъ исключительно служебное по отношенію къ нему значеніе ослабляются совершенно и, наконецъ, исчезаютъ вовсе. Система законовъ пріобрѣтаетъ самостоятельное значеніе, развивается абстрактное, не требующее въ каждомъ конкретномъ случаѣ непремѣнно связи съ интуитивнымъ правоубѣжденіемъ, сознаніе обязательности законовъ, состоящее въ томъ, что одно представленіе наличности опредѣленнаго закона вызываетъ соотвѣтствующую правовую реакцію [1]).

Когда законы пріобрѣтаютъ такое значеніе, отпадаетъ необходимость безусловной причинной зависимости возникновенія ихъ отъ дѣйствія интуитивнаго права. Поскольку имѣется налицо и представляется достаточно окрѣпшимъ указанное абстрактное сознаніе обязательности законовъ, постольку законъ, придуманный законодателемъ, вставленный въ общую систему, будетъ вызывать соотвѣтственную правовую реакцію у подчиненныхъ ему индивидовъ.

«Характерной особенностью законодательства и законнаго права,—читаемъ мы въ курсѣ проф. Петражицкаго—по отношенію къ другимъ видамъ нормативныхъ фактовъ и позитивнаго права, въ частности по

---

[1]) Необходимо замѣтить, что изложенное относительно законовъ отнюдь не можетъ быть распространено на всѣ нормативные факты. Въ частности, развитіе абстрактнаго сознанія обязательности обычаевъ происходитъ совсѣмъ инымъ путемъ. Его исходной точкой отнюдь не является первоначальное служебное положеніе обычаевъ по отнош. къ интуитивному праву и вообще отнош. обычнаго права къ интуитивному иное, чѣмъ законнаго. Далѣе, изложенный процессъ развитія вліянія законовъ есть лишь схема и требуетъ оговорокъ. Онъ соотвѣтствуетъ лишь приведен. схематич. изображ. возникновенія права, какъ средней равнодѣйствующей психическихъ оцѣнокъ.

отношенію къ обычному праву, является то, что здѣсь одно лицо, или извѣстная группа лицъ можетъ по своему усмотрѣнію вызывать въ психикѣ другихъ, въ частности въ психикѣ болѣе или менѣе обширныхъ народныхъ массъ, такое право на будущее время, какое ему или ей представляется съ какой-либо точки зрѣнія желательнымъ, а равно, устранять, отмѣнять существующее право и производить разныя другія измѣненія въ чужой правовой психикѣ и жизни» [1]).

Правовыя реакціи на новые законы, введенные законодателемъ, являясь вначалѣ только лишь позитивнымъ правомъ, въ результатѣ болѣе или менѣе продолжительнаго существованія, вліяютъ и на интуитивное правосознаніе и перевоспитываютъ его въ соотвѣтствующемъ направленіи [2]). Такъ что результатъ дѣйствія извнѣ на человѣческое правосознаніе путемъ закона получается такой же, какъ и отъ дѣйствія изнутри вышеописанныхъ безсознательныхъ процессовъ. Разница только та, что поскольку результатъ достигается путемъ законодательнаго вліянія, то это происходитъ скорѣе, чѣмъ путемъ безсознательнаго развитія. «Правовыя измѣненія, въ томъ числѣ такія, которыя могутъ происходить въ видѣ медленнаго и постепеннаго развитія и безъ законодательнаго вмѣшательства, напр., путемъ соотвѣтственнаго развитія обычнаго права, въ области законодательства могутъ быть производимы внезапно, сразу, въ избранное по усмотрѣнію время» [3]).

Таково то разрѣшеніе и научное обоснованіе во-

---

[1]) Ibid., стр. 544.

[2]) Подробнѣе о вліяніи позитив. пр. на интуитив. см. Петражицкій, l. c. стр. 496—500.

[3]) Ibid., стр. 544.

проса о законодательномъ творчествѣ, которыя даетъ намъ психологическая теорія права, которыя изъ нея неизбѣжно вытекаютъ. Тотъ путь, который ведетъ къ этому разрѣшенію, самъ собой указываетъ также сущность и границы этого творчества. Границей законодательнаго творчества является то, что далеко не всякій законъ способенъ вызвать правовую реакцію. Право, какъ мы видѣли, добывая отъ индивидовъ соціально-необходимое поведеніе, въ своемъ развитіи приспособляется къ данному уровню человѣческой психики. Право, не соотвѣтствующее данному состоянію человѣческой психики, обречено на неминуемую гибель. Опредѣленное состояніе человѣческой психики, уровень развитія характера человѣческаго и есть тотъ объективный, внѣ законодателя лежащій моментъ въ процессѣ развитія права, который ограничиваетъ произволъ законодателя, съ которымъ онъ необходимо долженъ считаться. Этимъ разрѣшается, наконецъ, тотъ вопросъ, надъ которымъ тщетно бились и который, какъ мы видѣли, не могли удачно разрѣшить предшествующіе юристы. Законъ, разсчитанный на болѣе низкую психику, чѣмъ какая имѣется въ дѣйствительности, не утилизирующій достигнутыхъ путемъ долгаго воспитанія человѣческаго характера результатовъ, такъ же какъ и законъ, имѣющій въ виду болѣе возвышенную психику, чѣмъ какая имѣется въ дѣйствительности — остаются мертвой буквой и не вызываютъ къ жизни желаемаго права. «Если подлежащее велѣніе отличается надлежащей грозностью, исходитъ отъ сильнаго и снабжено угрозами въ случаѣ неисполненія, то можетъ получиться соотвѣтственный страхъ и подчиненіе изъ страха, но это ничего общаго съ правомъ не имѣетъ;

подлинное же право, этическія императивно - аттрибутивныя переживанія, и соотвѣтственная мотивація поведенія отсутствуютъ, не возникаютъ» [1]).

Внѣшнимъ показателемъ несоотвѣтствія даннаго закона психикѣ индивидовъ, къ которымъ онъ обращается, является рѣзкое его противорѣчіе имѣющемуся у нихъ интуитивному праву. «Законы, которые бы постановляли что-либо, заключающее въ себѣ рѣзкое и существенное противорѣчіе народному интуитивному праву, способны были бы вызвать скорѣе народное возмущеніе, волненіе и т. д., чѣмъ нормальный позитивно-правовой успѣхъ, чѣмъ соотвѣтственное позитивное право» [2]).

Изъ этого, впрочемъ, не слѣдуетъ, будто бы именно интуитивное право является тѣмъ объективнымъ моментомъ, съ которымъ законодатель долженъ съ безусловной строгостью сообразоваться и который долженъ служить для него руководящимъ началомъ. Объективнымъ моментомъ этимъ, какъ мы указывали, является человѣческая психика; съ уровнемъ ея развитія долженъ законодатель сообразоваться.

Интуитивное право можетъ являться сплошь и рядомъ правомъ отсталымъ, далеко не совершеннымъ, такъ что законодательство, противорѣчащее такому праву, стремящееся измѣнить, реформировать его, должно почитаться прогрессомъ. Такимъ образомъ, значеніе интуитивнаго права состоитъ лишь въ томъ, что оно общимъ образомъ указываетъ границы, за которыя законодательное творчество ужъ выходить не можетъ и, съ другой стороны, оно, на ряду съ много-

---

[1]) Ibid, стр. 516—517.
[2]) Ibid, стр. 493.

численными иными явленіями, можетъ быть показателемъ уровня развитія человѣческой психики.

Какое же значеніе съ точки зрѣнія изложенныхъ воззрѣній имѣло законодательное творчество въ исторіи развитія права на ряду съ безсознательными процессами и каковы задачи и судьба его въ будущемъ?

Побужденіемъ къ законодательству въ исторіи нормальнымъ образомъ были не какіе-либо корыстные расчеты или злонамѣренныя хитроумныя измышленія отдѣльныхъ личностей или группъ, какъ это выдвигается очень часто въ отдѣльныхъ ученіяхъ, а интуитивное право. Если оставить въ сторонѣ специфическую область позитивнаго права, технику и формалистику правовой жизни, то интуитивное право можно признать почти исключительнымъ факторомъ, прямо или косвенно вызывающимъ къ жизни законодательную дѣятельность. Выше мы различали законодательство, несущее служебную функцію по отношенію къ праву и законодательство, выполняющее творческую функцію. Въ первомъ случаѣ вліяніе интуитивнаго права на законодательство вполнѣ ясно, ибо это послѣднее только позитивируетъ нормы интуитивнаго права. Созданіе законодателемъ новыхъ нормъ, до того еще не существовавшихъ, его творческая дѣятельность, тоже происходитъ подъ побужденіемъ интуитивнаго права, но дѣйствіе его менѣе ясно. Здѣсь надо принять во вниманіе слѣдующее. Съ усложненіемъ человѣческой общественной жизни, съ умноженіемъ и развѣтвленіемъ подлежащихъ правовому нормированію отношеній, господствующее значеніе пріобрѣтаетъ система позитивнаго права, которому единственно и доступно охватить все многообразіе конкретнаго матеріала. Интуитивное право въ про-

цессѣ своего естественнаго развитія до такой детализаціи своихъ нормъ не доходитъ. Оно касается главнымъ образомъ основныхъ принципіальныхъ вопросовъ и то, такъ сказать, въ основныхъ чертахъ [1]).

Когда между интуитивнымъ правомъ, свободно слѣдующимъ въ своемъ развитіи за измѣняющимися жизненными условіями и прогрессомъ человѣческаго характера — и правомъ позитивнымъ, по самой природѣ своей остающимся неподвижнымъ, обнаруживается такая степень расхожденія, которая вызываетъ необходимость измѣненія позитивнаго права (въ частности измѣненія законовъ), то интуитивное право не даетъ готовой системы нормъ, которую нужно только позитивировать (внести въ законодательные сборники). Такъ какъ оно съ подробностью всего, по самому существу своему, предусмотрѣть не можетъ, то оно даетъ лишь общій толчекъ, предопредѣляетъ лишь то направленіе, въ которомъ реформа позитивнаго права должна двигаться. Подробную систему нормъ долженъ разработать самъ законодатель. Это и приводитъ къ необходимости законодательнаго творчества. Но, очевидно, и это законодательное творчество вызывается къ жизни интуитивнымъ правомъ, съ той только разницей отъ перваго вида законодательства, что тамъ интуитивное право опредѣляетъ всѣ нормы до конца, а здѣсь лишь общее направленіе реформы позитивнаго права.

Степень опредѣленности, съ какой интуитивное право намѣчаетъ соотвѣтствующую реформу права, мѣняется въ процессѣ историческаго развитія. На той

---

[1]) См. подробнѣе у Петражицкаго, l. c., стр. 482 и слѣд.

ступени, на которой общественный бытъ менѣе всего сложенъ, интуитивное право даетъ исчерпывающую совокупность нормъ, такъ что законодательство только служитъ дѣлу позитиваціи вмѣстѣ съ обычаемъ и иными средствами.

Творческой дѣятельности ему проявлять не приходится. Съ теченіемъ времени, по мѣрѣ усложненія общественнаго быта, заданія интуитивнаго права становятся все болѣе общими и менѣе разработанными и законодательное творчество пріобрѣтаетъ все бо́льшее значеніе, его функціи все болѣе разрастаются. Особенно грандіозные размѣры оно приняло за послѣднее время. Достаточно вспомнить тѣ задачи грандіознаго государственнаго переустройства, которыя стояли передъ обществомъ въ XVIII вѣкѣ и, наконецъ, тѣ еще болѣе грандіозныя задачи переустройства всего общественнаго быта (т. н. соціальный вопросъ), въ частности намѣчающійся переходъ отъ децентрализованной системы экономическаго строя къ централизованной [1]), которыя выдвинуты и особенно остро поставлены нашимъ вѣкомъ.

Все это, вполнѣ понятно, накладываетъ на законодательную дѣятельность особую отвѣтственность и побуждаетъ ее стремиться къ сознательности, къ отысканію руководящихъ началъ. Проявленіе этихъ стремленій мы дѣйствительно замѣчаемъ въ исторіи, въ непосредственной связи съ указанными творческими заданіями, выдвигающимися передъ законодательствомъ. Высокій смыслъ и историческая цѣнность ученій о

[1]) Ср. Петражицкій, Теорія права, 2-е изданіе, глава „о раздѣл. права на частное и публичное, а также въ Lehre vom Einkommen и въ Предисловіи и введеніи въ науку полит. права.

естественномъ правѣ, какъ указано выше, какъ разъ заключаются въ томъ, что они по духу своему несли помощь законодателю, разрабатывали системы права, подлежащія осуществленію, вносили опредѣленные идеалы. Но, хотя эти ученія и приносили нѣкоторую пользу законодателю, хотя они и помогали ему ориентироваться относительно многихъ вопросовъ и находить правильный путь, они далеко еще не дѣлали законодательное творчество сознательнымъ. Сами они, главнымъ образомъ, разрабатывали то интуитивное право, которое давало общее направленіе законодательнымъ реформамъ, т. е. устанавливали общія и принципіальныя положенія. Кромѣ того, какъ это видно уже изъ самаго названія этихъ ученій, у нихъ было весьма наивное представленіе о сущности и происхожденіи разрабатываемыхъ положеній, такъ что здѣсь и рѣчи не могло быть о сознательномъ отношеніи къ дѣлу. Всю систему нормъ права представители этихъ ученій выводили изъ установленныхъ основныхъ положеній. Но, такъ какъ вся совокупность этихъ нормъ непосредственно изъ того интуитивнаго права, которымъ они руководились, не вытекала, а созданіе ея именно и требовалось, то по скольку это созданіе производилось безъ руководящихъ началъ, произвольно, постольку опять-таки не можетъ быть рѣчи о внесеніи этими ученіями сознательности въ творчество права.

Въ руководительствѣ этимъ творчествомъ со стороны естественнаго права были, впрочемъ, и отрицательные элементы, которые мы уже разобрали въ первой главѣ и которые, какъ мы указали, привели къ реакціи противъ идей естественнаго права и законодательнаго творчества вообще.

Разсмотрѣнная нами научно-психологическая теорія, разсматриваемая въ качествѣ базиса для науки законодательнаго творчества (политики права) даетъ этому послѣднему возможность сдѣлаться дѣйствительно сознательнымъ и кладетъ такимъ образомъ начало новой эрѣ въ развитіи человѣчества. Указывая, съ одной стороны, на тотъ объективный моментъ, съ которымъ законодателю необходимо сообразоваться, эта теорія, съ другой стороны, даетъ ему и твердыя руководящія начала, отъ которыхъ успѣхъ дѣла зависитъ въ самой высокой степени. Въ качествѣ такого руководящаго начала она предлагаетъ не содержаніе того или иного интуитивнаго права и не интуитивное право вообще, фигурирующее обычно подъ видомъ лозунговъ справедливости, не какой-нибудь идеальный соціальный порядокъ, несущій разрѣшеніе соціальнаго вопроса, а нѣчто гораздо болѣе высокое и постоянное.

Происходящій безсознательно процессъ развитія соціальной жизни человѣческой, подъ вліяніемъ котораго человѣкъ изъ «необузданнаго звѣря» перевоспитывается въ совершеннѣйшее соціальное существо, подсказываетъ человѣческому сознанію не только завершенные результаты своего дѣйствія и то направленіе, въ которомъ долженъ быть сдѣланъ ближайшій шагъ впередъ, но и свою конечную цѣль, свой сокровенный идеалъ, на осуществленіе котораго направлены въ сущности всѣ отдѣльныя стадіи и всѣ временныя и преходящія цѣли этого процесса, которому онѣ только и служатъ. Этотъ идеалъ живетъ въ нашей душѣ, какъ нѣкоторое высшее абсолютное благо, сила и значеніе котораго даны намъ непосредственно и не требуютъ никакихъ обоснованій. Этотъ идеалъ — *любовь*. «Любовь есть совершенство и

высшая красота души... Во всемъ остальномъ этого совершенства нѣтъ, все остальное — измѣнчивая и преходящая оболочка. Если только любовь налицо, она передастъ каждому человѣческому дѣлу свою красоту. Все, что мы придумываемъ безъ любви, не стоитъ ничего» [1]).

Именно этотъ идеалъ долженъ быть руководящимъ началомъ человѣческаго творчества въ области права. Тѣ нормы, которыя безсознательнымъ процессомъ развитія не подсказываются, созданіе которыхъ предоставляется человѣку, должны быть создаваемы сообразно съ этимъ идеаломъ.

Выработать подробную систему руководящихъ положеній и давать руководящую разработку частныхъ проблемъ дѣло особой науки,—политики права.

Законодательное творчество, руководимое этой наукой, будетъ воистину началомъ новаго періода въ исторіи развитія человѣчества, періода, въ которомъ мѣсто безсознательныхъ процессовъ займетъ сознательное творчество.

С.С.С.Р. ИНСТИТУТ

[1]) L. Petrażycki: Die Lehre vom Einkommen, Bd. II, стр. 477.

Оглавленіе.

стр.

Глава I.

Постановка вопроса въ старыхъ и новыхъ ученіяхъ о естественномъ правѣ . . . . . 1— 16

Глава II.

Историческая школа . . . . . 17— 26

Глава III

Іерингъ . . . . . 27— 44

Глава IV.

Штаммлеръ . . . . . 45— 67

Глава V.

Психологическая теорія Л. І. Петражицкаго . . . . . 68—106

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Глава I

Предметъ теоріи вѣроятностей и основныя теоремы о немъ. . . . 1—16

Глава II

Историческая школа . . . . . 17—35

Глава III

. . . . . 37—44

Глава IV

. . . . . 45—62

Глава V

Психологическая теорія Л. І. Петражицкаго . . . . . 63—100

Цѣна 60 коп.

Складъ изданія въ Юридическомъ Книжномъ Магазинѣ
Н. К. Мартынова.

Спб., уголъ Садовой и Итальянской, № 5/10, входъ съ Итальянской.